

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**MICHELLE DENISE DURIEUX LOPES DESTRI**

**MINIMALISMO JUDICIAL: ALTERNATIVA DEMOCRÁTICA DE  
ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM UMA SOCIEDADE  
PLURALISTA A PARTIR DA PERSPECTIVA DE CASS R. SUNSTEIN**

**MESTRADO EM DIREITO**

**FLORIANÓPOLIS**

**2009**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ**  
**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**MICHELLE DENISE DURIEUX LOPES DESTRI**

**MINIMALISMO JUDICIAL: ALTERNATIVA DEMOCRÁTICA DE  
ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM UMA SOCIEDADE  
PLURALISTA A PARTIR DA PERSPECTIVA DE CASS R. SUNSTEIN**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como exigência parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação da Professora Doutora Cecília Caballero Lois.

**FLORIANÓPOLIS**

**2009**

## **BANCA EXAMINADORA**

---

Profa. Dra. Cecília Caballero Lois

Presidente

---

Prof. Dr. Delamar José Volpato Dutra

Membro

---

Prof. Dr. Draiton Gonzaga de Souza

Membro

Aos meus queridos filhos, Isadora e Arthur, por nunca me deixarem esquecer qual é a parte mais gostosa da vida.

Ao Fábio, por ser o melhor marido, o melhor namorado, o melhor amigo e mais do que tudo, por ser a “minha pessoa”.

## AGRADECIMENTOS

O resultado da pesquisa que se desenvolveu ao longo deste curso não demonstra, sequer, a ínfima parte de todo o esforço que nela se empreendeu. Também não deixa transparecer as marcas deixadas pelas pessoas que nela estiveram envolvidas, direta ou indiretamente, mas cada uma de forma determinante para a sua conclusão. Porque nada se pode produzir de maneira individual, deixo expresso, neste momento, meu sentimento de gratidão a cada uma dessas pessoas.

Ao meu marido, por ter me escolhido um dia e por me escolher, de novo, a cada dia.

Aos meus filhos, pelo amor e pela paz que me dão.

Aos meus amados pais, Amélia Durieux Lopes e Élbio Lopes, por tudo que representam para mim, pela torcida estimulante e, principalmente, por me fazerem sempre lembrar quem eu sou.

À querida “Tia Lile”, pelo amor que me dedica e pela ajuda com as crianças.

À minha querida prima-irmã, Letícia Durieux, pela amizade e carinho de sempre e pela ajuda durante todo o curso, especialmente na defesa do projeto e na seleção de julgados do Supremo Tribunal Federal.

À Professora Cecília Caballero Lois, orientadora desta pesquisa, por ter compartilhado a riqueza do seu conhecimento, pelo empenho na leitura atenta do trabalho, pelas indispensáveis críticas e, acima de tudo, pela relação afetuosa que estabeleceu comigo desde o início do curso.

À Sueli Duarte Aragão, pela revisão criteriosa e competente do texto e pelo apoio emocional que me dispensou durante a finalização da dissertação.

Ao amigo Roberto Basilone Leite, colega do curso de mestrado, pela indicação de livros e artigos, pela leitura dos capítulos em sua primeira versão e pelas valiosas explicações e esclarecimentos sobre o pensamento de Habermas.

Ao Professor Delamar José Volpato Dutra, pelas contribuições a este trabalho e ao Professor Antonio Carlos Wolkmer, coordenador do CPGD/UFSC, pela compreensão e pelo encaminhamento do pedido de prorrogação de prazo para entrega da dissertação.

A todos os demais professores e funcionários do CPGD, pela competência, presteza e simpatia.

“Temos, todos que vivemos,  
Uma vida que é vivida  
E outra que é pensada,  
E a única vida que temos  
É essa que é dividida  
Entre a verdadeira e a errada.

Qual porém é verdadeira  
E qual errada, ninguém  
Nos saberá explicar;  
E vivemos de maneira  
Que a vida que a gente tem  
É a que tem que pensar.”  
(Fernando Pessoa, *Isto*)

## RESUMO

DESTRI, Michelle Denise Durieux Lopes. *Minimalismo judicial: alternativa democrática de atuação do poder judiciário em uma sociedade pluralista a partir da perspectiva de Cass R. Sunstein*. 2009. 170f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.

A constituição assegura uma forma democrática de governo, impondo que os problemas da sociedade sejam resolvidos mediante decisões democraticamente legitimadas. Ao mesmo tempo, a constituição exclui determinados direitos da agenda política, imunizando-os do poder do legislador. Ocorre que os preceitos constitucionais que determinam os direitos fundamentais dos indivíduos são de textura aberta, fato este especialmente agravado em virtude do pluralismo. Os conflitos judiciais suscitados nesses contextos, portanto, revelam-se complexos e intrincados, pois os tribunais, ao tentar resolver questões desta magnitude podem obstruir os processos político-democráticos. Sendo assim, é fundamental encontrar os limites de atuação do poder judiciário no âmbito de uma democracia deliberativa e em face de uma sociedade pluralista, já que não parece aceitável que os tribunais decidam legitimamente sobre os valores mais densos de uma sociedade. Nessa ordem de idéias, a abordagem minimalista de Cass R. Sunstein se mostra como alternativa adequada para sociedades comprometidas com o diálogo aberto entre cidadãos livres e iguais. Trata-se de uma ação judicial menos invasiva, pautada pelo objetivo de produzir decisões estreitas, superficiais e provisórias, deixando em aberto as grandes questões de princípios.

**Palavras-chave:** Pluralismo. Democracia. Deliberação. Princípios. Minimalismo judicial.

## ABSTRACT

DESTRI, Michelle Denise Durieux Lopes. *Judicial minimalism*: democratic alternative of judicial behavior in a pluralistic society from the perspective of Cass R. Sunstein. 2009. 170p. Dissertation (Master in Law)-Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.

The constitution promotes a democratic form of government, demanding that the problems of a society be solved through democratically legitimate decisions. At the same time, the constitution withdraws certain rights from the political agenda, protecting them from the power of the legislator. However, the constitutional clauses that establish the fundamental rights of the people are of open texture, a fact that is especially aggravated in the face of pluralism. The judicial conflicts that emerge in these contexts, thus, are complex and intricate, because when courts try to solve such questions they might compromise the democratic political processes. That is why it is important to find the limits of action of the judiciary in the domain of a deliberative democracy and a pluralistic society, since it is not acceptable that courts decide legitimately about its highest principles. From such a perspective, the minimalist approach of Cass R. Sunstein seems to be an appropriate alternative for societies which are engaged in promoting deliberation among free and equal citizens. It refers to a less invasive judicial behavior, designed to produce non-definitive, narrow and superficial decisions, leaving the most important questions open.

**Key words:** Pluralism. Democracy. Deliberation. Principles. Judicial minimalism.



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>2 DEMOCRACIA, PLURALISMO E DISSENSO .....</b>	<b>18</b>
2.1 O DISSENSO .....	18
2.1.1 O processo de conformação e o contraponto do dissenso .....	24
2.1.2 O conformismo .....	30
2.1.3 Cascatas sociais .....	38
2.1.3.1 Cascatas informacionais .....	40
2.1.3.2 Cascatas reputacionais .....	44
2.1.4 Polarização de grupos .....	47
2.1.4.1 Polarização e despolarização: refinamentos .....	51
2.2 MECANISMOS CONSTITUCIONAIS DE PROMOÇÃO DO DISSENSO .....	54
2.2.1 O desenho político do dissenso .....	55
2.2.1.1 Liberdade de expressão e dissenso .....	59
<b>3 DEMOCRACIA DELIBERATIVA E CONSTITUIÇÃO .....</b>	<b>64</b>
3.1 PROBLEMAS DA DELIBERAÇÃO PÚBLICA .....	66
3.2 DELIBERAÇÃO BLINDADA .....	71
3.3 ARGUMENTAÇÃO LEGAL ( <i>LEGAL REASONING</i> ) .....	76
3.3.1 Teorias gerais e deduções .....	76
3.3.2 Equilíbrio reflexivo .....	79
3.3.3 As consequências do Direito: racionalidade de meios e fins .....	84
3.4 ACORDOS PARCIALMENTE TEORIZADOS ( <i>INCOMPLETELY THEORIZED AGREEMENTS</i> ) .....	85
3.4.1 Os acordos parcialmente teorizados como instrumentos de decisões judiciais minimalistas .....	91
3.4.2 Acordos parcialmente teorizados e consenso sobreposto: aproximação e distanciamento .....	97
3.4.3 A disputa com Hércules .....	102
3.5 TEORIZAÇÃO PARCIAL <i>VERSUS</i> PROGRESSÃO CONCEITUAL OU TEORIZAÇÃO PARCIAL E PROGRESSÃO CONCEITUAL? .....	106

3.5.1 Os princípios, a política e o problema da legitimidade do Direito .....	110
<b>4 PODER JUDICIÁRIO EM UMA SOCIEDADE PLURALISTA.....</b>	<b>114</b>
4.1 JUÍZES CONFORMISTAS .....	119
4.2 O MINIMALISMO JUDICIAL E SUAS VIRTUDES DEMOCRÁTICAS.....	121
4.2.1 Minimalismo procedimental .....	126
4.2.2 Minimalismo substancial .....	128
4.3 LIMITES DA INTERVENÇÃO JUDICIAL: MINIMALISMO PROMOTOR DE DEMOCRACIA .....	132
4.3.1 O resgate das “virtudes passivas” .....	139
4.3.2 <i>Dred Scott</i> , <i>Brown</i> e <i>Roe</i> : a ambição da Suprema Corte norte-americana .....	141
4.4 OUTRAS VIRTUDES DO MINIMALISMO .....	146
4.4.1 Analogia, acordos parcialmente teorizados e o projeto minimalista.....	150
4.5 PROBLEMAS COM O MINIMALISMO .....	152
4.6 QUANDO O MINIMALISMO? .....	155
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>159</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>164</b>

## 1 INTRODUÇÃO

As sociedades democráticas contemporâneas são coloridas por uma variedade de convicções, opiniões e conceitos, e compostas por uma multiplicidade de grupos e subgrupos, cada qual lutando para dar aos preceitos constitucionais uma interpretação que se ajuste às suas crenças e que satisfaça direitos e interesses, a despeito da profunda diversidade de ideias que sustentam.

O marcante dissenso presente nas sociedades atuais é, pois, causa de um sem-número de controvérsias e embates políticos sobre questões complexas e profundas que tocam no significado de princípios como igualdade, liberdade e dignidade.

Fruto da própria democracia, já que surge como resultado das liberdades democráticas, que constituem a condição necessária, mas não suficiente para a livre manifestação de pensamentos e atitudes, o dissenso, que caracteriza o fato do pluralismo social, afigura-se como um dos seus problemas mais fundamentais.

Ora considerado como causa de instabilidade e de enfraquecimento da organização estatal, ora considerado como elemento de propulsão do desenvolvimento social, o pluralismo encerra um duro debate no meio acadêmico, cujo tema central é saber “se” e “como” uma democracia deve manejar os desacordos sociais.

Em uma democracia constitucional, os problemas da sociedade precisam ser resolvidos mediante decisões democraticamente legitimadas, sem olvidar os limites decorrentes da imunização dos direitos fundamentais que são excluídos da agenda política. Ocorre que os preceitos constitucionais determinantes dos direitos fundamentais dos indivíduos se revelam de textura aberta, com conteúdos que esperam ser preenchidos com os valores ditados pelas sociedades em cada época.

Com esse pano de fundo, e diante de conflitos suscitados em contextos constitucionais, o poder judiciário é chamado a tomar decisões acerca de questões que somente de forma genérica e abstrata são tratadas pelas constituições. O problema é que, ao pretender decidir questões dessa magnitude, o poder judiciário pode obstruir os processos políticos democráticos, cuja primeira consequência é

afastar e substituir o julgamento político pelo judicial, o que acende discussões intermináveis acerca da tensão dessa atuação com o princípio democrático.

Sendo assim, parece crucial que, em face de uma ordem democrática e pluralista, os limites de atuação do poder judiciário sejam muito bem definidos, para que se evite o risco de um injustificado ativismo que seja capaz de usurpar as funções atribuídas ao legislador, obstruindo o debate público e reduzindo as possibilidades de um autogoverno. Acima de tudo, é fundamental que a sociedade tenha clareza sobre o que espera de um juiz diante de casos concretos que suscitem as mais profundas divergências com relação às convicções invioláveis dos indivíduos.

Dentro desse contexto reside a questão-problema desta pesquisa, que pode ser enunciada da seguinte forma: é aceitável que o poder judiciário, ao tentar oferecer soluções para as controvérsias que envolvam questões relacionadas com princípios fundamentais, decida legitimamente sobre os valores mais densos de uma sociedade?

A propósito dessa indagação, a percepção de Cass R. Sunstein (2001a) aponta a imprescindibilidade de se construir uma compreensão democrática do papel da constituição e de suas estruturas, de forma que se evidencie o nexo e não a tensão que existe entre constitucionalismo e democracia.

A principal função das constituições é, nesse sentido, criar pré-condições para o bom funcionamento de uma ordem democrática, na qual se exerça o autogoverno, pautado pelos ideais de deliberação, reflexão e responsabilidade política, que remetem à noção de democracia deliberativa.

Para o atingimento desse ideal é imperativa a existência de uma esfera pública, ampla e participativa, que favoreça a diversidade de valores, o pluralismo e o multiculturalismo, transformando-os em meio para alcançar decisões legítimas.

Uma leitura adequada da democracia deliberativa impõe que os princípios fundamentais de uma sociedade sejam arquitetados democraticamente, o que significa dizer, fora dos tribunais. Daí resulta que o judiciário possui um espaço limitado no âmbito de um sistema constitucional democrático e deliberativo, especialmente em face do seu rarefeito embasamento democrático.

A partir dessas premissas, percebe-se a coerência da ideia de Sunstein (2001b), para quem o papel do juiz, diante de casos difíceis e controversos, deve

estar restrito ao oferecimento de respostas que primem pela não interferência em questões de princípios. Trata-se de uma abordagem minimalista do Direito, cujo argumento central é que, em face de casos concretos que envolvam questões fundamentais, os juízes têm muito pouco a resolver.

O minimalismo judicial, com o fim de dar espaço ao debate e promover os processos democráticos, pauta-se por uma ação judicial que faz e diz apenas o que é essencial para o julgamento do caso particular, deixando as grandes questões em aberto.

Apesar de recorrente, o tema do minimalismo jurídico não está desgastado e a introdução de novos enfoques, em face da polêmica que ainda gera, mostra-se capaz de promover discussões profícuas a partir de perspectivas inovadoras. Esse é, pois, o aspecto que torna relevante a presente pesquisa e, especialmente, justifica-se a escolha de Sunstein como suporte teórico para embasá-la.

Sunstein é professor de Direito, na Faculdade de Direito da Universidade de Harvard – Harvard Law School, ex-professor de Direito, na Faculdade de Direito da Universidade de Chicago – University of Chicago Law School, e autor de diversos livros e inúmeros artigos, nas áreas de direito constitucional, direito administrativo e direito ambiental. É reconhecido nos meios acadêmicos norte-americano e europeu como um dos constitucionalistas mais proficientes e inovadores da atualidade. Apesar da proeminência e da abrangência de sua obra, no Brasil o autor ainda não recebeu a merecida atenção.

A importância e a profundidade da cátedra de Sunstein, por si sós, já demonstrariam a utilidade e a pertinência do estudo de suas ideias, particularmente a que redimensiona o problema da tensão entre constitucionalismo e democracia, a partir da ótica minimalista, além da discussão sobre o modo como as constituições e todas as suas estruturas podem e devem contribuir para a afirmação de uma democracia deliberativa.

A construção da teoria minimalista parte da concepção dos acordos parcialmente teorizados – conceito que está diretamente vinculado à noção de minimalismo judicial –, por meio dos quais se evitam decidir, tanto quanto possível, as questões mais profundas e controvertidas.

Assim sendo, a partir do conceito de acordos parcialmente teorizados e da compreensão da teoria minimalista de Sunstein (1998; 2001b) tem-se como objetivo principal desta pesquisa encontrar os limites de atuação do poder judiciário no âmbito de uma democracia deliberativa e em face de uma sociedade pluralista. Especificamente, pretende-se analisar a extensão e a profundidade do dissenso nas sociedades plurais; estudar os mecanismos dos processos de conformação social; descrever os problemas do conformismo, da polarização de grupos e das cascatas sociais e seus efeitos sobre a democracia; identificar os mecanismos constitucionais de promoção do dissenso; compreender a concepção democrática da constituição em Sunstein (2001a); perceber os problemas da deliberação pública; identificar as particularidades da argumentação legal; abordar o conceito dos acordos parcialmente teorizados e sua relação com as decisões judiciais; analisar a atuação do poder judiciário por uma perspectiva democrática e a partir da concepção de minimalismo judicial de Sunstein (2001b); e, ainda, verificar a relação de pertinência que se pode estabelecer entre minimalismo judicial e democracia.

Importante mencionar que grande parte das obras utilizadas para formar o referencial de base desta pesquisa são estrangeiras e foram traduzidas pela pesquisadora.

Em se tratando de desenho metodológico, a pesquisa possui natureza exploratória, assim entendida aquela que se restringe a buscar mais informações sobre o fenômeno que está sendo investigado, torná-lo mais explícito e descobrir novas ideias (CERVO; BERVIAN, 2002, p. 69).

Os procedimentos técnicos para obtenção dos dados abrangem a pesquisa bibliográfica, desenvolvida a partir de material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos, conforme definição de Gil (1996).

O método adotado é de abordagem indutivista, raciocínio investigativo que a partir da identificação das particularidades de um fenômeno tenta explicá-lo com uma percepção mais geral e abrangente, como se extrai dos ensinamentos de Pasold (2001).

No delineamento do método de procedimento escolheu-se o monográfico, caracterizado pelo estudo de um só tema. Com efeito, diz-se que o método monográfico é um estudo em profundidade e que a tarefa do pesquisador consiste

em “examinar o tema escolhido, observando todos os fatores que influenciaram e analisando-os em todos os seus aspectos” (LAKATOS; MARCONI, 2000, p. 92).

Com relação à técnica de coleta de dados, e consoante o plano de estudo definido, procedeu-se à análise a partir de fontes secundárias, caracterizadas por dados obtidos da doutrina, compreendendo dois momentos. No primeiro se reuniu o material que serviu de fundamento para a elaboração do texto final. No segundo foram realizados os fichamentos consistentes no registro das observações consideradas pertinentes por ocasião da leitura e análise do material pesquisado.

O estudo, que está organizado em capítulos, inicia com a “Introdução”, necessária para contextualizar a temática escolhida, a sua pertinência e relevância, os objetivos traçados e o desenho da metodologia que lhe deu suporte.

O capítulo denominado “Democracia, pluralismo e dissenso” aborda o fenômeno do dissenso nas sociedades pluralistas contemporâneas, com foco na sua extensão e profundidade, bem como no seu valor como propulsor do desenvolvimento social e elemento fundamental para a sustentação dos ideais de uma democracia deliberativa. Além disso, analisam-se também as influências que as pressões sociais exercem sobre as decisões e as escolhas dos indivíduos e dos grupos, com especial ênfase sobre os riscos que podem decorrer para a democracia, bem como os processos de conformação que resultam por efeito destas mesmas influências. Antes de finalizar o capítulo, discorre-se, com brevidade, sobre os mecanismos constitucionais de promoção do dissenso.

O capítulo intitulado “Democracia deliberativa e constituição” procura oferecer uma compreensão democrática da constituição e suas estruturas, a partir da concepção de democracia deliberativa de Sunstein (2001a), e uma análise da deliberação pública e seus problemas, em particular, com relação à deliberação blindada. Na sequência, parte-se para uma caracterização da argumentação legal e, por fim, descrevem-se os acordos parcialmente teorizados, como instrumentos de decisão fundamentais em uma democracia que deseja ver concretizados os ideais de um autogoverno eficiente e profícuo, notadamente, responsabilidade política, reflexão e deliberação.

Por fim, no capítulo “Minimalismo judicial: alternativa democrática de atuação do poder judiciário em uma sociedade pluralista” toca-se diretamente na teoria minimalista de Sunstein (2001b), descrevendo seu conteúdo, suas formas de

apresentação e sua relação de coerência e adequação com um sistema democrático deliberativo. Sem a pretensão de se analisar, de forma geral, a atuação do Supremo Tribunal Federal do Brasil, em face de casos particulares, este capítulo vem permeado pela indicação de alguns julgados colhidos da jurisprudência desta corte superior, aqui concebidos como o insumo que contribui para tornar possível uma aproximação da teoria defendida pelo autor com a prática jurídica pátria.



## 2 DEMOCRACIA, PLURALISMO E DISSENSO

Inicia-se o presente trabalho, que tem como escopo o estudo da atuação do poder judiciário na perspectiva da teoria minimalista de Cass R. Sunstein, com uma breve abordagem sobre democracia, pluralismo e dissenso, temas que estão absolutamente imbricados na construção teórica do autor e determinam a compreensão das diversas categorias abordadas ao longo desta pesquisa.

Assim, a partir da premissa de que o dissenso inevitável e duradouro que se faz presente nas sociedades contemporâneas é profícuo, os argumentos desenvolvidos por Sunstein pretendem encontrar uma resposta coerente com os ideais da democracia deliberativa e sua aptidão para promover as aspirações mais legítimas de uma sociedade, sem, contudo, incorrer no risco de um ativismo judicial excessivo.

Com essa tônica, passa-se a estudar primeiramente o alcance dos termos dissenso e processos de conformação, bem como os efeitos que produzem sobre a democracia e a deliberação pública, para, então, adentrar a análise dos mecanismos constitucionais que podem promover o dissenso e ampliar o espaço deliberativo.

### 2.1 O DISSENSO

As sociedades atuais são compostas por uma multiplicidade de grupos<sup>1</sup>, associações, comunidades, clubes e instituições privadas ou públicas, cada uma

---

<sup>1</sup> O foco da discussão que seguirá está centrado exatamente na forte influência exercida pelo grupo social sobre os indivíduos. A propósito, contundente é a afirmação de Solomon Asch (1952), citado por Sunstein (2002, p. 02): “As soon as a person is in the midst of a group he is no longer indifferent to it. He may stand in a wholly unequivocal relation to an object when alone; but as soon as a group and its direction are present he ceases to be determined solely by his own coordinates. In some way he refers the group to himself and himself to the group. He might react to the group in many different ways; he might adopt its direction, compromise with it, or oppose it; he might even decide to disregard it. But even in the latter instance (which superficially seems to be an ‘absence of group influence’) there is a clear and determined reference to the group as fully as in the preceding cases.”

delas lutando para que seus interesses e direitos sejam reconhecidos e respeitados, a despeito da profunda diversidade de ideias e opiniões que sustentam.

O dissenso<sup>2</sup> é, nesse sentido, marca irresistível e, não raro, indissolúvel das sociedades. Ao menos no que se refere às sociedades ocidentais, percebe-se um desacordo profundo, às vezes insuperável, quanto a diversas questões.

As sociedades ocidentais, em especial, são profundamente heterogêneas, guiadas pela divergência de opiniões e conceitos de distintas ordens – política, religiosa, cultural, filosófica –, integradas por pessoas cujas crenças evocam doutrinas diferentes<sup>3</sup>. São, enfim, sociedades cujos membros possuem convicções que não encontram convergência com relação a valores mais fundamentais como vida, liberdade e igualdade.

Nessa trilha, emerge um sem-número de controvérsias de caráter ético, moral, político e cultural, que configuram o fenômeno do pluralismo<sup>4</sup> e são a causa dos profundos embates políticos existentes.

---

<sup>2</sup> Quando se afirma que o dissenso é marca das sociedades atuais, tomam-se como referência as sociedades ocidentais democráticas e liberais. Considera-se, neste caso, o dissenso sobre questões pontuais de política moral, tais como homossexualismo, aborto, anencefalia, pesquisas com células-tronco, limites da liberdade de expressão, direito à igualdade, à assistência social, à privacidade, à eutanásia etc. Não se pretende afirmar que nessas sociedades haja, ao menos de forma significativa, dissenso acerca de questões essenciais como quanto à forma e ao sistema de governo. Em geral, as sociedades convergem em aspectos desse calibre, sendo possível, neste caso, falar-se em um consenso básico. É nesse sentido, por exemplo, que Tocqueville (1961, p. 268, v.1) afirma a convergência da sociedade norte-americana acerca de pontos que ele chama *les plus essentiels*, tais como os princípios gerais do governo. Houve períodos em que as sociedades divergiam acerca de questões dessa magnitude, como se podia verificar na França dos séculos XVIII e XIX, profundamente dividida entre tendências políticas distintas, a exemplo dos ultrarrealistas, dos monarquistas constitucionais e dos republicanos.

<sup>3</sup> Algumas dessas doutrinas proíbem transfusões de sangue, como é o caso das Testemunhas de Jeová, que, tomando por base uma singular interpretação da Bíblia, entendem que a técnica de transfusões de sangue total ou dos seus componentes primários é proibido pela lei divina. Já a doutrina religiosa dos Adventistas do Sétimo Dia requer a observância do sábado como dia de descanso. Há doutrinas, ainda, que condenam os ímpios ao Inferno, a exemplo do que preconiza o Papa Bento XVI, autoridade suprema da Igreja Católica, que afirma que o Inferno é um local físico que existe, não está vazio e é eterno.

<sup>4</sup> O reconhecimento da diversidade é, em sentido amplo, o que se pode denominar de pluralismo. Argumentos prescrevendo em favor do pluralismo já podem ser percebidos nitidamente em Mill (2002), traduzidos pela exaltação à individualidade como elemento propulsor da evolução e no imperativo de que cada pessoa deve ter a possibilidade de determinar e buscar aquilo que julga ser o melhor para si, vivendo sua vida a seu modo, sem qualquer interferência da comunidade. O citado autor defende com veemência o que aqui se denomina de princípio da não interferência, segundo o qual a única razão que poderia justificar o uso da força sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, seria prevenir dano a outros. O próprio bem da pessoa, fosse físico ou moral, não seria justificativa para tanto.

De fato, os desacordos que resultam das diferentes convicções e crenças que guiam as escolhas de cada um dos membros de uma sociedade fazem erguer uma verdadeira “Torre de Babel” política, dentro da qual incumbe ao Estado, por meio de suas instituições, viabilizar uma convivência equilibrada e justa.

Fixada, então, a premissa de que ao Estado cabe a função de possibilitar que os integrantes da associação tenham a oportunidade de, em meio a todas as suas diferenças, conviver de forma harmônica e produtiva, é certo inferir que o dissenso, difundido e contínuo, afigura-se como um dos problemas capitais de qualquer democracia constitucional que respeita a liberdade. Demais, é fruto da própria democracia, já que surge como consequência do sistema de liberdades democráticas, que constitui a condição necessária para a livre manifestação de pensamentos e atitudes.

A diversidade de doutrinas, opostas e irreconciliáveis, de vertente moral, filosófica e religiosa, que caracterizam a cultura (política) de uma sociedade democrática, é resultado da força da razão humana operando em um espaço permanente de instituições livres<sup>5</sup>. A própria democracia, aliada a um sistema de garantia das liberdades, é a causa do pluralismo que corta e divide as sociedades<sup>6</sup>, fazendo com que o espaço democrático seja continuamente permeado por tensões, mobilizações e conflitos internos.

---

<sup>5</sup> Nesse sentido, manifesta-se Rawls (2005), de quem também se pode tomar o conceito de pluralismo como diversidade de opiniões. O autor reconhece a impossibilidade de consenso sobre questões de política moral nas sociedades democráticas atuais e neste contexto de “pluralismo razoável” (Rawls, 2005, p. 4) pergunta-se como é possível existir uma sociedade justa e estável de cidadãos livres e iguais, que se mantêm profundamente divididos por doutrinas morais, filosóficas e religiosas razoáveis. A resposta que ele oferece é o liberalismo político, fundado na justiça como equidade, meio para se alcançar o consenso sobreposto. A noção de consenso sobreposto será retomada no capítulo 3 da dissertação.

<sup>6</sup> Bobbio (2006) anota que a democracia nasceu de uma concepção individualista da sociedade, concebendo um Estado sem corpos intermediários, mas a realidade se mostrou muito distinta da teoria e os sujeitos politicamente relevantes passaram a ser os grupos, muito mais do que o indivíduo: associações de todas as naturezas, inclusive religiosas, grandes organizações, sindicatos das mais diversas profissões, partidos das mais distintas ideologias. Esses grupos representam centros de poder antagônicos e divergentes, em constante confronto pela imposição e salvaguarda dos seus próprios interesses. O povo como unidade ideal dá lugar ao povo dividido em grupos contrapostos e concorrentes. O modelo de Estado democrático era o de uma sociedade monística; a sociedade real é pluralista.

O pluralismo, ora considerado causa de instabilidade e de enfraquecimento do Estado<sup>7</sup>, ora considerado propulsor do desenvolvimento, coloca-se no epicentro do debate político contemporâneo e revela um contexto bastante árido em meio ao qual o Direito deve se fazer possível e, acima de tudo, permitir que cada um dos indivíduos de uma sociedade possa nela encontrar condições de ter as suas preferências individuais<sup>8</sup> respeitadas e acolhidas, realizando-se como pessoa e como cidadão.

Considerada um problema cuja solução é indiscutivelmente complexa<sup>9</sup> e para o qual ainda hoje se buscam respostas, dependendo de como se organizam as estruturas de poder e as instituições que compõem o sistema democrático social, a diversidade política, cultural e social que permeia as sociedades atuais, longe de representar um mal, pode ser fator determinante para a sua evolução.

Com este recorte, a teoria de Sunstein (2005) põe em destaque o papel preponderante do dissenso como único meio de combater os males que podem advir do processo de conformação social e garantir o fortalecimento do sistema democrático.

Contrariando a teoria política contemporânea, o autor desconstrói o argumento da necessidade de consenso para a convivência social estável, pacífica e

---

<sup>7</sup> Esse é o pensamento de Schmitt (2007) que enxerga na diversidade um mal, pois acredita que a democracia, apesar de propiciar o surgimento e a proliferação de distintas opiniões, somente pode funcionar efetivamente em meio a uma sociedade harmoniosa e unitária. Quando divisões profundas e persistentes existem em uma sociedade, a democracia apenas exacerba a discórdia, transformando os fóruns de deliberação em campos de batalha. O pluralismo é visto como razão do esvaziamento da “vontade estatal” e responsável pela ineficiência do Estado e sua transformação em um “Estado instável” de coalizão de interesses momentâneos e especiais.

<sup>8</sup> Em que pese a discussão teórica acerca do contexto de escolha das preferências individuais de cada um, Cunningham (2009) anota que é central à democracia liberal um conceito especificamente político do individualismo, isto no sentido de que, independentemente de quais sejam as origens causais das preferências das pessoas, arranjos sociais devem respeitar a liberdade que têm os indivíduos para agir a partir de suas preferências, ao invés de serem obrigados a ajustar estas preferências a objetivos determinados socialmente.

<sup>9</sup> Deve-se pôr em relevo que o reconhecimento do pluralismo importa na refutação da ideia de existência de um bem comum inequivocamente determinado e compreendido por todos, que pode ser aceito por força de argumentação racional, e, sobre o qual se assentaria o conceito de vontade geral. O “bem comum”, na verdade, significa coisas diversas para os diferentes indivíduos e grupos e, ainda que fosse possível definir suficientemente o bem comum, não seria possível encontrar soluções igualmente definidas para os distintos casos. Nesse sentido, conferir Schumpeter (1961).

produtiva<sup>10</sup>. Para ele, a ênfase que vem sendo dada ao consenso anuvia um importante aspecto da questão: tem-se dado pouquíssima atenção aos perigos que emergem do processo de conformação e do próprio consenso.

Justamente por isso, entre o bem e o mal, a análise do dissenso deve focar necessariamente o exame de soluções que possam extrair do pluralismo todas as suas vantagens e também neutralizar as suas desvantagens. Aí se delimita o tema central de disputa entre os teóricos da atualidade: saber “se” e “como” uma democracia deve tentar resolver os profundos desacordos sociais.

Com esse propósito, e considerando que o objetivo central de toda democracia e do próprio direito constitucional é o gerenciamento do problema do desacordo, Sunstein (2001a) reafirma a necessidade de construção de uma democracia deliberativa por meio da organização e da adequada leitura das constituições e de todas as suas estruturas. Nessa direção, toma como parâmetro o conceito de democracia deliberativa e desenvolve uma larga compreensão do que seja um sistema constitucional democrático, com vistas à constituição que cultiva uma democracia fundada no livre exercício da razão e permite que pessoas com convicções políticas, éticas e religiosas opostas possam chegar ao consenso, sempre que necessário, ou torná-lo desnecessário, quando for impossível de ser alcançado.

O ineditismo da resposta oferecida por Sunstein (1998; 2001b; 2005) se assenta na análise profunda que faz dos conflitos políticos que permeiam as sociedades contemporâneas e, especialmente, na construção da teoria do minimalismo judicial, cujo elemento essencial consubstancia os acordos parcialmente teorizados (*incompletely theorized agreements*)<sup>11</sup>.

Sendo certo que o manejo da contraposição dos interesses e opiniões envolvidos na tomada de decisões democráticas, somente pode ser conduzido de forma racional e eficiente por meio de um processo de deliberação pública, no qual argumentos pró e contra as leis e políticas objeto do debate são oferecidos com vistas ao atingimento do bem comum e da justiça social, então, não é razoável que

---

<sup>10</sup> Rawls (2005) é o exemplo teórico mais proeminente sobre a ênfase no consenso. O autor insiste no valor de um “consenso sobreposto” entre cidadãos que discordam sobre as questões mais fundamentais.

<sup>11</sup> Os acordos parcialmente teorizados e o minimalismo judicial serão estudados nos capítulos 3 e 4.

decisões políticas fundamentais sejam retiradas de arenas democráticas e sejam transferidas para dentro dos tribunais. Daí resulta a pertinência e a coerência dos seus argumentos, que oferecem uma alternativa de atuação do poder judiciário adequada com o sistema de democracia deliberativa<sup>12</sup>.

Os processos de deliberação, entretanto, são complexos e sua complexidade tem origem, em grande parte, nos inúmeros mecanismos que operam por trás dos conflitos políticos que atingem as nações democráticas, principalmente aqueles inseridos no processo de conformação social<sup>13</sup>. Daí porque, para a percepção do funcionamento do processo de deliberação são imprescindíveis a compreensão e a definição de tais mecanismos. Destes mecanismos destacam-se o conformismo<sup>14</sup>, a polarização de grupos e as cascatas sociais, todos decorrentes, segundo afirma Sunstein (2005), de dois fatores que influenciam

---

<sup>12</sup> Habermas (2003) e diversos outros teóricos da atualidade, a exemplo de Rawls (2005), Cohen (1997) e Elster (1997), têm sustentado que a tomada de decisões democráticas deve estar alicerçada sobre um processo de deliberação pública substancial, no qual argumentos pró e contra as leis e as políticas são oferecidos em termos de avanço do bem comum e concretização da justiça social. Não é sob esse aspecto que Sunstein (2001b) se mostra inovador. O que é verdadeiramente inédito na sua resposta, e o que se pretende deixar claro no decorrer dessa dissertação é que ele aponta para uma solução de realinhamento da atuação do poder judiciário que encontra sua mais forte justificativa em argumentos que têm natureza normativa e não pragmática. Quer dizer, sua defesa em favor do minimalismo tem em vista a promoção da legitimidade e eficácia dos órgãos políticos.

<sup>13</sup> A percepção dos processos de conformação e dissenso que operam nas sociedades ganha relevância diante da evidência de que se refletem diretamente em muitos aspectos da sua organização e produzem grande impacto em diversas questões legais, tais como o acolhimento ou não dos comandos legais, a construção e leitura das instituições constitucionais, a função da liberdade de expressão e a composição e atuação dos tribunais. Para a exata compreensão desses processos, é importante ter claro que o indivíduo age, em inúmeras oportunidades, de acordo com aquilo que outras pessoas dizem e fazem. Isso ocorre, em parte porque as ações e declarações dos outros contêm valiosas informações sobre o que deve ser feito e também porque é natural o desejo de causar uma boa impressão perante os demais. Ancorado sobre a crença de que para qualquer questão existem “respostas normais”, representadas por aquelas com as quais a maioria das pessoas concorda, o indivíduo, quando vê surgir o desacordo, o toma como elemento indesejável de tensão e ameaça. Além disso, os desacordos podem reduzir o grau de confiança que as pessoas têm em si próprias, bem como em padrões estáveis de referência. Essas são razões que levam o indivíduo a curvar-se, naturalmente, ao padrão de conduta moral predominante e a estigmatizar aqueles que venham a dissentir de tal padrão. A respeito dos processos de conformação social e sustentando que as pessoas são socializadas para aceitar a existência de respostas normais para os problemas do cotidiano vale conferir Wood e outros (1994).

<sup>14</sup> É possível inferir que Sunstein (2005) compreende os processos de conformação como abrangentes de três fenômenos distintos, apesar de terem causas idênticas. Estes fenômenos, todos inseridos nos processos de conformação, o autor denomina *conformity*, *group polarization* e *social cascades*. Entretanto, o mesmo termo *conformity* é usado para se referir também ao próprio processo de conformação social, o que, pode causar alguma confusão para o correto entendimento das ideias que se pretende descrever. Por essa razão, optou-se, neste trabalho, por se utilizar o termo “processos de conformação” para referir genericamente ao fenômeno mais abrangente, e “conformismo” para indicar o fenômeno mais específico.

preponderantemente o comportamento e a crença individual das pessoas – as “influências reputacionais” e as “influências informacionais”.

### 2.1.1 O processo de conformação e o contraponto do dissenso

Nas sociedades contemporâneas, a conformação é fundamentalmente resultado do efeito coercitivo que a opinião pública exerce sobre as opiniões heréticas. Ao mesmo tempo, desvela a tendência perversa que a sociedade possui de impor suas regras e promover a adequação das opiniões e condutas à moralidade ditada pela classe social que detém maior ascendência.

A democratização e o advento da igualdade, a par das inegáveis conquistas que produziram, são causa de um processo generalizado de massificação, conformação e igualação da sociedade civil, dando forma a um tipo diferente de despotismo: a tirania da maioria<sup>15</sup>.

O fenômeno da tiranização social, porque não se restringe aos atos de autoridade, mostra-se como uma das piores e mais eficazes formas de opressão a impedir o livre desenvolvimento da personalidade humana. Sendo assim, encontrar o limite para a interferência legítima da opinião coletiva sobre a independência individual é tão indispensável quanto é a proteção contra o despotismo político<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Tirania da maioria é a expressão utilizada tanto por John Stuart Mill, na obra “*On Liberty*”, quanto por Alexis de Tocqueville, em “*De la démocratie en Amérique*”, e refere-se ao fenômeno de sufocação da minoria ou do indivíduo por meio da obstaculização de seus interesses por parte da maioria eleitoral. Desde a sua identificação, no século XIX, a “tirania da maioria” torna-se tema recorrente do pensamento político contemporâneo. A respeito desse fenômeno, Mill (2002, p. 4) assim se pronuncia: “Like other tyrannies, the tyranny of the majority was at first, and is still vulgarly, held in dread, chiefly as operating through the acts of the public authorities. But reflecting persons perceived that when society is itself the tyrant – society collectively, over the separate individuals who compose it – its means of tyrannizing are not restricted to the acts of which it may do by the hands of its political functionaries. Society can and does execute its own mandates [...] Protection, therefore, against the tyranny of the magistrate is not enough; there needs protection also against the tyranny of the prevailing opinion and feeling; against the tendency of society to impose, by other means than civil penalties, its own ideas and practices as rules of conduct on those who dissent from them; to fetter the development, and, if possible, prevent the formation of any individuality not in harmony with its ways, and compel all characters to fashion themselves upon the model of its own”.

<sup>16</sup> É essa a compreensão de Mill (2002), para quem a “polícia moral”, tendência humana mais universal, usurpa a vida privada dos cidadãos e é consequência muito provável do sentimento democrático. Da mesma forma, Tocqueville (1961) enxerga como imperiosa a necessidade de proteção contra o processo de igualação social que brota da democracia e por isso entende ser

O contraponto de equilíbrio contra o controle social e todo o processo de conformação que dia a dia se mostra mais evidente<sup>17</sup> é a individualidade, cada vez mais pronunciada. As pessoas, por serem diferentes, requerem condições diferentes para o seu desenvolvimento.

O avanço humano depende permanente e infalivelmente da liberdade<sup>18</sup>, razão pela qual a originalidade se afigura como um elemento valioso nas relações sociais. A humanidade sempre precisará de pessoas que descubram novas verdades<sup>19</sup>, que apontem aquelas já superadas e que comecem a adotar novas práticas.

A livre expressão e a valorização da individualidade representam, pois, o único caminho para o crescimento moral e social, revelando-se aí a importância do dissenso na sociedade e o papel fundamental que desempenham todos aqueles que

imprescindível que a soberania popular seja, de alguma forma, balizada. Reconhece o imenso poder de fato e de opinião que a maioria exerce sobre o indivíduo, bem como as consequências funestas que dele podem resultar no futuro.

<sup>17</sup> Cada vez mais as pessoas leem as mesmas coisas, ouvem as mesmas coisas, veem as mesmas coisas, vão aos mesmos lugares e dirigem suas esperanças e medos para os mesmos objetos. Os recursos tecnológicos disponíveis facilitam, sobremaneira, esse processo. A expansão da internet, por exemplo, torna possível que os indivíduos filtrem as informações que recebem, de modo que fiquem expostos somente àquelas cujo conteúdo atenda a seus interesses e gostos particulares, confirmando a previsão da emergência de um “Daily Me”, feita pelo especialista em tecnologia do Instituto de Tecnologia de Massachusetts - Media Lab, Nicholas Negroponte. O “Daily Me” descreve um jornal diário virtual customizado em função das preferências de cada leitor. Segundo Sunstein (2007a), o “Daily Me” causa grandes males à democracia pois permite que as pessoas não se exponham a opiniões contrárias às suas, enrijecendo os fóruns de deliberação.

<sup>18</sup> Esse ponto de vista é defendido por Humboldt (2002), que vê o verdadeiro fim do homem como a mais elevada formação possível das suas forças. Para essa formação, a condição primordial inafastável é a liberdade, que consiste na vitória da diversidade sobre a uniformidade. Mas, além da liberdade, o desenvolvimento das forças humanas exige outra condição, que está intimamente relacionada com a liberdade: a variedade de situações. “Incluso el hombre más libre y más independiente, puesto en una situación de uniformidad, se forma menos”. (HUMBOLDT, 2002, p.14). Portanto, duas são as condições necessárias para o desenvolvimento humano, justamente por permitirem que as pessoas sejam diferentes umas das outras: são elas a liberdade e a variedade de situações.

<sup>19</sup> Opiniões fortemente sustentadas durante longos períodos históricos foram superadas no futuro, provando-se falsas ou absurdas. Da mesma forma, e em decorrência da própria evolução humana, muitas opiniões que hoje são predominantemente aceitas, serão rejeitadas em Eras futuras. Por isso é certo afirmar que as verdades são transitórias. Essa é a máxima que decorre da falibilidade humana. Daí porque não se pode negligenciar o confronto de opiniões, que permite a exposição da verdade. Permitir o confronto de opiniões é permitir que, havendo uma verdade melhor, ela seja eventualmente encontrada. A única forma de aproximação com a verdade é ouvir o que pode ser dito por pessoas que sustentam as mais diversas opiniões, assim como analisar todas as perspectivas sob as quais se pode enxergar uma dada questão. (MILL, 2002).



discordam das opiniões prevaletentes. O mero exemplo de não conformação já é em si um serviço<sup>20</sup>.

O foco da questão está no fato de que a conformação priva as pessoas da informação que elas precisam ter, encapsulando o conhecimento que, desta forma, deixa de beneficiar inúmeros indivíduos. Ou seja, a tendência que a sociedade possui de impor suas regras de conduta causa menos prejuízo para o indivíduo tiranizado e muito mais para a própria sociedade, que se vê privada de conhecer um valioso rol de informações, que permanecerão, por esta razão, ocultas<sup>21</sup>. Porque cada um “segue o que os outros dizem, as pessoas não revelam o que seus olhos facilmente percebem”<sup>22</sup> (SUNSTEIN, 2005, p. 6) e, em função disso, é que em muitos momentos se permite a perpetuação da injustiça, da opressão e da violência.

Ironicamente, acredita-se que os conformistas silenciam para o bem da coletividade, protegendo, assim, interesses sociais relevantes. Em contraste, os dissidentes são vistos como individualistas e egoístas, pessoas preocupadas apenas com seus próprios projetos. Contudo, “na maior parte das vezes, os dissidentes beneficiam os outros, enquanto os conformistas beneficiam a si próprios”<sup>23</sup>. (SUNSTEIN, 2005, p. 6).

---

<sup>20</sup> “Precisely because the tyranny of opinion is such as to make eccentricity a reproach, it is desirable, in order to break through that tyranny, that people should be eccentric.” (MILL, 2002, p. 56).

<sup>21</sup> A fábula de Hans Christian Andersen, intitulada “A roupa nova do rei”, ilustra e retrata com acuidade os males do processo de conformação. A fábula referida conta a história de um rei que amava exageradamente roupas e com elas gastava todo o seu dinheiro. Certo dia, dois trapaceiros chegam à cidade, apresentando-se como tecelões. Gabavam-se de fabricar os mais lindos tecidos do mundo, não só os padrões e as cores eram fora do comum. As fazendas tinham a particularidade de parecerem invisíveis àqueles sem inteligência e aos que não tinham competência para exercer os cargos que ocupavam. O rei, entusiasmado, logo os contratou. Fingindo fazer o trabalho, os tecelões perguntavam a todos os funcionários do palácio o que achavam do tecido. Ninguém enxergava tecido algum, mas com receio de serem considerados tolos passaram a elogiá-lo com veemência. Também o rei fingia ver o tecido, pois, da mesma forma, não queria que o achassem um tolo. Assim foi até o dia em que a nova roupa ficou pronta. O rei, inteiramente nu, decidiu, então, desfilar pelas ruas da cidade para mostrar ao povo sua nova vestimenta. O povo, não querendo passar por tolo, exclamava em altas vozes – “Que linda é a roupa nova do rei! Esplendorosa!” Uma criança, no entanto, horrorizada com o que via, gritou – “Mas o rei está nu!” Ao ouvir o comentário da criança o povo se encheu de coragem e passou a gritar que o rei estava nu. O rei, envergonhado, recolheu-se ao palácio e de lá nunca mais saiu. Os dois trapaceiros fugiram da cidade levando todo dinheiro e ouro que tinham recebido. (ANDERSEN, 1974).

<sup>22</sup> “[...] because everyone follows everyone else, people do not reveal what their eyes plainly perceive.”

<sup>23</sup> “Much of the time, dissenters benefit others, while conformists benefit themselves.”

Os conformistas, na verdade, colocam-se em uma situação deveras confortável, pois apenas se beneficiam das ações de outros, sem acrescentar nada de si. Em contraste, os dissidentes normalmente conferem muitos benefícios aos demais, oferecendo informações e ideias que representam um ganho para toda a comunidade<sup>24</sup>.

A crença distorcida de que aqueles que se insurgem contra as práticas comuns comprometem interesses sociais relacionados à ordem pública e aos bons costumes faz com que a pessoa que se distancie do padrão de conduta estabelecido seja punida com sanções legais ou mesmo com a desaprovação social.

As pressões sociais em favor da conformação funcionam, de fato, como um eficiente instrumento para o contingenciamento do dissenso. Em rigor, em qualquer lugar, o dissenso e a crítica somente se tornam possíveis se os dissidentes não estiverem ameaçados por penalidades legais, tampouco por sanções informais. Dessa forma, a capacidade que tem uma sociedade de evitar riscos e danos decorrentes desse processo depende de como os direitos e as instituições estão estruturados, eis que somente as práticas que favorecem a diversidade podem fazer frente à tendência humana de conformação. Isso porque, essas práticas aumentam a probabilidade de que mais informação irá emergir, para o benefício de todos.

Apesar de toda argumentação em favor da profusão do dissenso como única via para proporcionar desenvolvimento e evolução à coletividade, não se pode deixar de chamar atenção para o fato de que o dissenso nem sempre é benéfico. Quando a conformação segue na direção correta, ele deixa de ser útil e pode servir para produzir situações cruéis e injustas. Portanto, tomar o dissenso meramente como rejeição dos pontos de vista que a maior parte das pessoas sustenta é insuficiente.

De fato, quando os conformistas fazem a coisa certa, a necessidade de dissenso torna-se rarefeita. Entretanto, o argumento central que ora se discute é que em muitos domínios é extremamente difícil, até mesmo impossível, determinar se as

---

<sup>24</sup> O problema é que, nas sociedades em geral, os dissidentes recebem poucos incentivos para se manifestar, simplesmente porque nada ganham com o dissenso ou, pior, em função dele são até mesmo punidos. O fato é que, em muitas situações, apontar erros ou desvelar fatos que conflitam com o consenso de um grupo hegemônico exige coragem, especialmente porque se sabe que a sociedade executa seus próprios comandos, no dizer de Mill (2002), impondo severas sanções sobre aqueles que ousam distanciar-se do padrão de conduta ditado.

respostas certas já existem. E, nestes casos, o desacordo produtivo pode ser drasticamente reduzido em razão das influências do grupo – o que resulta em imenso prejuízo para toda a coletividade.

Bem por isso, ainda que se tenha que enfrentar um grande número de dissidentes perversos, as opiniões dissidentes continuam a ser um elemento imprescindível para a integridade do sistema democrático e para o desenvolvimento moral e social de uma comunidade. Nenhuma comunidade pode se manter em progresso se nela não houver conflito entre o poder mais forte e o poder rival, já que o resultado da supressão das vozes discordantes é a estagnação.

Nessa ordem de ideias, atento aos males gerados pela conformação<sup>25</sup>, Sunstein (2005) elabora uma minuciosa análise dos elementos que atuam sobre este processo, com o intuito de determinar suas causas e seus efeitos e encontrar o ponto de equilíbrio.

O comportamento e a crença de cada indivíduo são fortemente marcados pela influência de dois fatores sociais. O primeiro deles alude às informações reveladas por meio das ações e declarações de outras pessoas – as chamadas “influências informacionais”. Assim, quando “certo número de pessoas parece acreditar que determinada proposição é verdadeira, há boas razões para se acreditar que tal proposição é, de fato, verdadeira” (SUNSTEIN, 2005, p. 9)<sup>26</sup>.

Em grande proporção, a maior parte do que as pessoas pensam não resulta de conhecimento próprio, mas da percepção que possuem do que os outros fazem e pensam<sup>27</sup>. Dessa forma, as influências informacionais são capazes de produzir conformação<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> Não se pode deixar de esclarecer que, não raro, a conformação é um curso de ação sensato, já que na ausência de informações próprias, é razoável aceitar que as pessoas guiem suas decisões pelas informações que recebem de outras pessoas. Na dúvida sobre o que fazer, tem sentido a aplicação de uma regra muito usual: faz-se aquilo que os outros estão fazendo. Este é um ponto bastante simples, mas que serve de explicação para inúmeras decisões tomadas cotidianamente pelas pessoas, como, por exemplo, sobre onde morar, que restaurantes frequentar, qual médico escolher, em quem votar, obedecer ou não à determinada lei.

<sup>26</sup> “If a number of people seems to believe that some proposition is true, there is reason to believe that proposition is in fact true”.

<sup>27</sup> Comumente, as pessoas se sentem mais seguras de suas opiniões quando percebem que elas são compartilhadas por muitos. Isso ocorre porque a confiança de uma pessoa repousa na infalibilidade do mundo em geral. Vale lembrar que, para cada indivíduo, o mundo significa a parte com a qual ele tem contato; seu partido, seu grupo, sua igreja, sua classe social. A fé nessa autoridade coletiva não é abalada pelo fato de o indivíduo saber que em épocas pretéritas, outros países, outros grupos,

O segundo fator diz respeito ao natural desejo humano de criar e manter uma boa imagem perante os demais. Em vista disso, só o fato de algumas pessoas acreditarem em algo, já é incentivo suficiente para não se discordar deste grupo, ao menos, não em público<sup>29</sup>. Especialmente – mas não de modo exclusivo – naqueles grupos cujos membros se sentem vinculados por laços de afeto, o desejo de ser visto de forma positiva pelos demais integrantes pode produzir conformação e fulminar o dissenso. Os vínculos de afeição, portanto, podem obstruir o desempenho do grupo, já que pessoas que têm receio de ficar desacreditadas e de causar desapontamento aos demais, acabam ocultando suas crenças e seus conhecimentos. Essas são, pois, as chamadas “influências reputacionais”.

Com ênfase nas influências reputacionais e informacionais, Sunstein (2005) pretende dar explicação única para três distintos fenômenos envolvidos no processo de deliberação pública: o conformismo, as cascatas sociais e a polarização dos grupos. Esses três fenômenos, que resultam das mesmas duas influências sociais mencionadas anteriormente, são estudados com base em diversos experimentos<sup>30</sup>, os quais demonstram a significância da oposição, bem como a necessidade e os benefícios do desacordo.

outras igrejas, outras classes, outros partidos pensaram ou ainda pensam de modo contrário ao seu. A esse respeito, conferir Mill (2002).

<sup>28</sup> As pessoas tendem a sofrer maior influência daquelas que ocupam alguma posição de autoridade, que possuem algum conhecimento especial ou, ainda, com as quais se identificam ou em quem mais confiam.

<sup>29</sup> A influência do meio sobre as pessoas já era reconhecida por Madison. Em 1788, assim escreveu o autor: “The strength of opinion in each individual, and its practical influence on his conduct depend much on the number which he supposes to have entertained the same opinion. The reason of man, like man himself, is timid and cautious when left alone, and acquires firmness and confidence in proportion to the number with which it is associated” (MADISON, [s.d.]).

<sup>30</sup> Sunstein (2005) toma como base para a sua discussão diversos experimentos conduzidos por psicanalistas, entre os quais se destacam: Solomon Asch, reconhecido mundialmente como pioneiro da Psicologia social; Muzafer Sherif, um dos responsáveis pela expansão dos estudos em Psicologia social no anos 1930 e, ainda hoje, referência acadêmica em termos de processos de grupo; Robert Baron, PhD em Psicologia social pela Universidade de Minnesota e Professor Emérito de Psicologia da Universidade de Iowa; Wendy Wood, PhD em Psicologia social pela Universidade de Massachusetts e professora de Psicologia e Neurociência na Universidade de Duke. Além desses, outros teóricos também oferecem embasamento para os argumentos de Sunstein (2005), a exemplo de Timur Kuran e Russell Hardin. Kuran é PhD em Economia pela Universidade de Stanford e autor de diversos livros e artigos com foco principal nos mecanismos sociais de conformação. Atualmente é professor de Economia e de Ciência Política da Universidade de Duke. Russell Hardin é PhD em Ciência Política pelo Instituto de Tecnologia de Massachusetts (MIT) e autor de livros e artigos que abordam diversos temas de filosofia política e moral. É professor de Política na Universidade de Nova Iorque e professor de Ciência Política na Universidade de Stanford. Esses mesmos autores serviram de referência para a elaboração desta pesquisa.

Tomando-se como parâmetro que a discussão e o debate devem informar as decisões públicas, a análise de Sunstein (2005) se mostra de primeira importância, conquanto a compreensão das influências de grupo e de seus efeitos potencialmente perigosos pode explicar uma variedade de questões intimamente relacionadas com as decisões políticas das pessoas e com o papel da deliberação na esfera pública, em uma sociedade heterogênea, a impor ao judiciário um espaço mais restrito.

### 2.1.2 O conformismo

Em que pese a sua estreita relação com a estabilidade – em si, um valor –, o consenso social não pode ser encarado como o objetivo principal de uma sociedade, pois, com muita frequência, este fenômeno conduz a decisões equivocadas que, por ausência de enfrentamento com novas ideias, acaba perpetuando injustiças e desigualdades infundadas<sup>31</sup>.

O problema principal com relação ao conformismo<sup>32</sup> alude, justamente, ao fato de privar a sociedade de informação da qual ela não pode e não deve abdicar, movendo indivíduos e grupos em direções muitas vezes equivocadas.

O fanatismo e o extremismo<sup>33</sup> injustificados que se vê brotar nas sociedades atuais, por exemplo, resulta muito frequentemente do conformismo que

---

<sup>31</sup> Um sério problema relacionado ao consenso produzido pelas pressões sociais é a grande probabilidade de grupos de pessoas se moverem em posições de extremismo. Sunstein (2002) afirma que quando determinados grupos se veem presos a relações de ódio e violência, isso se dá, muito comumente, como produto das influências informacionais e reputacionais já discutidas.

<sup>32</sup> Por outro lado, o só fato de que o conformismo brota direta e naturalmente das pressões sociais impostas sobre as pessoas, não pode servir de justificativa para que tais influências sejam, abstrata e absolutamente, condenadas. Ainda que estejam diretamente relacionadas com o processo de conformação social e, conseqüentemente, com a redução do nível de informação do grupo, as influências sociais podem produzir e, de fato produzem, muitos benefícios em diversas oportunidades. Elas são fonte de comportamento civilizado e coesão social, elementos cuja importância não pode ser negada.

<sup>33</sup> Que as crenças individuais dependem em parte daquilo que a maioria da sociedade acredita e reforça, significa que tais crenças também podem ser manipuladas por esta mesma sociedade. Mais especificamente, com relação às escolhas ideológicas, as crenças individuais são facilmente manipuladas em pequenos segmentos sociais não expostos a ideias diversas, sob um processo que Hardin (2002) denomina *crippled epistemology*. O mesmo conceito é utilizado por Sunstein (2005) ao se referir aos mecanismos de pressão dos grupos.

se espraia sob a forma de exposição a um conjunto restrito de informações relevantes, originadas, em sua maior parte, de outros extremistas<sup>34</sup>. O dissenso, nesses e em outros casos<sup>35</sup>, é fundamental para a correção das distorções.

Com efeito, o mal que atualmente se enfrenta é que a maior parte dos segmentos sociais e das instituições do Estado cultiva muito pouco o dissenso<sup>36</sup>. Como agravante, tem-se o fato de que quanto mais internalizados nos membros de um grupo se tornam os seus julgamentos, estes passam a gerar efeitos “geracionais”. Isso quer dizer que, mesmo quando novos membros são incluídos, os julgamentos originais do grupo tendem a continuar produzindo um “conservadorismo coletivo”, que compreende a disposição de se manterem os padrões já estabelecidos, mesmo quando os membros do grupo mudam. Assim, “quando uma prática se estabelece, é provável que se perpetue, mesmo que ninguém possa identificar qualquer elemento que a embase”<sup>37</sup>. (SUNSTEIN, 2005, p. 16).

---

<sup>34</sup> A existência de fanatismo e de extremismo depende do isolamento que permite que crenças espúrias não sejam confrontadas com outras. Por isso, proliferam em pequenos grupos e comunidades que promovem práticas excludentes, hostilizando todos aqueles que não compartilham suas opiniões e crenças. A respeito, confira-se a seguinte passagem idealizada por Hardin (2002, p. 10): “If, however, we have beliefs that are contrary to widespread beliefs in our own society, we can partially protect our beliefs, whether intentionally or unintentionally, by keeping ourselves in the company only of others who share our beliefs. In isolation, we may even begin to think those outside our group are hostile to us. We may therefore have openly hostile relations with those outside our group and we may harden our judgment of other groups over time”.

<sup>35</sup> As influências sociais são também o fator determinante para a identificação das pessoas em termos étnicos. A esse respeito, conferir a discussão conduzida por Hardin (2002) acerca do fenômeno do ódio étnico na Iugoslávia. Para esse autor, o ódio étnico que se difundiu naquele país resultou da política de hostilidade lá implantada e não foi precedente da onda de violência mas consequência dela. Sobre o fenômeno da etnização com especial referência aos eventos ocorridos na Europa Oriental, conferir: KURAN, Timur. Ethnic norms and their transformation through reputational cascades. *Chicago Journals The Journal of Legal Studies*. Chicago. University of Chicago Law School. v. 27, n. S2, p. 623-659. June 1998. Disponível em: <<http://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/468038>>. Acesso em: 08 mar. 2009.

<sup>36</sup> Considerando a relevância das opiniões heréticas e o fato de que a sua livre manifestação depende da construção de uma cultura que acolha o dissenso e não penalize aqueles que se afastam da ortodoxia, Sunstein (2005) sugere a criação de organizações que ofereçam canais pelos quais o dissenso possa se expressar anonimamente. Dessa forma, proteger-se-ia o indivíduo das pressões do grupo, já que ele não seria identificado e, com isso, não poderia ser penalizado, tampouco se sentiria ameaçado de represálias porque expressou a sua opinião. Especialmente com relação a membros de grupos de menor expressão social, que se mostram mais receosos em manifestar sua opinião em organizações heterogêneas, é que se desvela a importância da criação de mecanismos que assegurem que pessoas de condição social inferior falem e sejam ouvidas. A respeito, conferir o trabalho de Baron (2003), intitulado “*Group process, group decision, group action*”, referido por Sunstein (2005) em diversas oportunidades.

<sup>37</sup> “Once a practice has become established, it is likely to be perpetuated, even if no one can identify any particular basis for it”. Não se nega, contudo, que as decisões do grupo podem ser alteradas se

Os efeitos das influências sociais – informacionais e reputacionais – atuam de forma distinta sobre as pessoas e em função de variáveis diferentes. A resposta dada a essas influências depende, por exemplo, da distinção que se faz entre questões complexas e questões simples. Diante de questões complexas, as pessoas que não possuem informação suficiente sobre determinado assunto ficam inclinadas a aceitar com mais facilidade os argumentos dos demais, especialmente se estes demonstram estar convictos de suas opiniões ou são especialistas no assunto, ou se possuem algum tipo de autoridade.

Tratando-se de questões difíceis<sup>38</sup>, portanto, as pessoas tendem a aceitar mais facilmente a posição do grupo. De modo contrário, é mais fácil rejeitar os pontos de vista dos outros quando se está seguro de uma opinião. Entretanto, mesmo diante de questões fáceis, em que as pessoas sabem que estão corretas, alguns experimentos refletem a ocorrência, por exemplo, do conformismo<sup>39</sup>, em que

---

alguém puder, com confiança, mostrar que suas práticas são equivocadas, o que reforça a importância e o valor do dissenso.

<sup>38</sup> Essa afirmação encontra fundamento em um dos experimentos realizados pelo psicólogo Muzafer Sherif. O experimento referido por Sunstein (2005) consiste em mostrar a algumas pessoas, colocadas em um quarto escuro, uma pequena luz posicionada a uma curta distância. A luz estava estática, mas, em razão de ilusão de ótica, parecia mover-se. Sherif solicitava que cada uma das pessoas estimasse a distância que se havia movido a luz. Quando eram questionadas individualmente, as pessoas não concordavam umas com as outras acerca da distância. Porém, ao serem colocadas em pequenos grupos, os julgamentos individuais convergiram, acabando por se estabelecer uma norma do grupo que determinava a distância correta. Nesse ponto, uma pessoa previamente orientada para fazer uma estimativa diferente, com segurança e firmeza, foi infiltrada nos grupos. A estimativa feita pela tal pessoa - muito mais alta ou muito mais baixa do que aquela originalmente aceita pelos membros do grupo - foi responsável por produzir uma mudança nos julgamentos iniciais, no sentido de se ajustarem a essa nova informação. Uma das conclusões de Sherif (1937) é que, ao menos naqueles casos envolvendo questões complexas de fato, os julgamentos podem ser impostos por uma pessoa sem qualquer poder de coerção e sem nenhuma autoridade no assunto, somente por parecer consistente e segura, em face da incerteza dos demais.

<sup>39</sup> Com relação às questões fáceis, Sunstein (2005) se refere ao experimento denominado *Paradigma Asch*, conduzido por Solomon Asch, o qual demonstra como as pressões sociais podem fazer uma pessoa dizer algo que é obviamente incorreto. A pesquisa consistiu, em síntese, em mostrar aos sujeitos participantes dois cartões, contendo, um deles, uma linha reta e o outro, três linhas retas. O problema, de solução simples e evidente, consistia em saber qual das linhas retas presentes no segundo cartão era de comprimento idêntico à linha mostrada no primeiro cartão. Entre oito e dez pessoas participaram de cada vez na investigação. Algumas delas estavam previamente instruídas para responder de maneira incorreta. Somente uma delas, em cada grupo, chamada de “sujeito ingênuo” não tinha essa informação e daria sua resposta por último. Após várias experiências, Asch chegou à conclusão de que, isoladamente interrogados, os “sujeitos ingênuos” responderam corretamente na maior parte das vezes. Contudo, quando estão no grupo, nas mesmas condições descritas, inúmeras pessoas revelaram conformismo, seguindo a opinião errada dos outros membros do grupo. Quando perguntados porque deram a resposta errada, contrariando as suas próprias percepções, a maior parte dos indivíduos respondeu que não discordou do grupo por receio de ser ridicularizado; poucos disseram realmente acreditar que o grupo estivesse correto. Esse fato, segundo o próprio Asch, faz suscitar questões sobre o modo como somos educados e sobre os

as pessoas acabam optando por seguir, mesmo conscientes, a opinião errada de outros membros do grupo<sup>40</sup>.

Nessa senda, percebe-se que a maioria das pessoas, ao menos em parte, cede à opinião do grupo, mesmo com relação a questões aparentemente simples sobre as quais elas possuem informação direta e clara.<sup>41</sup> Ou seja, às vezes, as pessoas ignoram as evidências de seus próprios sentidos em virtude da informação e das pressões externas que recebem<sup>42</sup>, passando a acreditar que estão erradas ou são induzidas ao que se denomina de falsificação do conhecimento (*knowledge falsification*)<sup>43</sup>.

A falsificação do conhecimento consiste em fazer declarações públicas que não representam o conhecimento real do indivíduo. Como consequência, a composição do discurso público acaba distorcida, “tornando mais comuns as mensagens mais favorecidas e menos comuns aquelas menos favorecidas”<sup>44</sup>. (KURAN, 1997, p. 178).

No exame dessa questão não se pode desconsiderar o fato de que a opinião predominante sustentada pelo grupo ou comunidade sugere que todos os

valores que guiam a nossa conduta. (AGE-OF-THE-SAGE.ORG, [s.d.]). A experiência de Asch, originalmente realizada nos Estados Unidos, foi repetida em diversos países, como Zaire, Alemanha, França, Japão, Líbano e Kwait, produzindo sempre os mesmos resultados. (SUNSTEIN, 2002; 2005).

<sup>40</sup> Confirmando que mesmo diante de questões fáceis, é possível a ocorrência do fenômeno da “roupa nova do rei”.

<sup>41</sup> Na verdade, Sunstein (2005) alerta para o fato de que as descobertas de Asch apontam para duas lições conflitantes. De um lado, percebem-se pessoas muito independentes e não conformistas, não suscetíveis às influências do grupo. Por outro, vê-se um grande número de pessoas abandonando suas próprias percepções em troca das decisões do grupo. Para os objetivos desta pesquisa, tem-se como mais relevante a segunda descoberta.

<sup>42</sup> Muitas variáveis importam na probabilidade ou não de conformação com o grupo, ou seja, a partir da sua modificação é possível ampliar ou reduzir os efeitos do conformismo. Por exemplo, a perspectiva de obtenção de benefício ou prejuízo, financeiro ou não. Algumas pessoas estão certas de sua opinião, mas dão respostas conformistas apenas porque não vale a pena rejeitar um ponto de vista compartilhado por outros em público. Porém, se o que está em jogo é o emprego, a segurança, ou a vida da pessoa, ela já não cede tanto às pressões externas. Da mesma forma, é bastante significativa a quantidade de pessoas que discordam de determinada opinião. É mais fácil seguir uma opinião dissidente se ela é sustentada por muitas pessoas do que se ela é sustentada por apenas um pequeno número de pessoas. Outro aspecto extremamente importante é a identificação com o grupo. Se a pessoa se vê como membro de um grupo que diverge do que pensa a maioria, o efeito do conformismo é muito reduzido. De modo similar, o conformismo e, por consequência, também o erro, tendem a aumentar extraordinariamente quando o indivíduo se percebe como parte de um grupo definido, que referenda um determinado ponto de vista. (SUNSTEIN, 2005).

<sup>43</sup> A expressão *knowledge falsification* é de Timur Kuran (1997) e resulta das pressões sociais contra a expressão de determinadas ideias e pontos de vista.

<sup>44</sup> “[...] making favored messages more common and unfavored ones less so”.



que dela se desviam estão errados ou que estarão sujeitos a arriscar sua própria reputação se insistirem na dissidência. A reticência das pessoas em revelar suas informações e seu conhecimento é resposta perfeitamente razoável, portanto. Ainda assim, essa falsificação do conhecimento, nascida da inclinação natural que têm as pessoas de ceder à opinião dominante, pode criar sérios problemas para o próprio grupo. É como afirma Sunstein (2005, p. 20): “Se os membros do grupo não revelam o que sabem, erros e até desastres são inevitáveis”<sup>45</sup>.

Dessa forma, o processo social acaba poluído pela predominância do conformismo, que pode ser identificado tanto em organizações privadas quanto em instituições públicas, tais como as casas legislativas e os tribunais.

Considerando-se que o conformismo se evidencia também com relação a questões controvertidas envolvendo julgamentos éticos, morais, legais e políticos, é de se esperar que legisladores e juízes abandonem sua avaliação clara sobre questões de direito e política para ceder a pressões externas, advindas do grupo que detém a opinião prevalecente.

Por possuir canais de entrada de informação mais amplos e por ser integrado por um maior número de participantes e perspectivas, contudo, o poder legislativo se sobrepõe como o órgão mais apto para tratar de questões de princípio, uma vez que a qualidade deste tipo de deliberação depende, justamente, da diversidade de opiniões.

A propósito, três fatores podem determinar a maior ou a menor predominância de conformação em um grupo, enfatiza Sunstein (2002): (i) indivíduos firmes e confiantes exercem particular influência e podem guiar grupos de perfil idêntico em direções diametralmente opostas; (ii) as pessoas são extremamente vulneráveis aos pontos de vista unânimes dos demais e, deste modo, um único dissidente é capaz de causar um grande impacto no grupo; (iii) pessoas que não fazem parte de um grupo exercem menor influência sobre os seus membros.

De qualquer forma, o que se pretende evidenciar é que o silêncio é causa de muitos males e prejuízos. Por isso, o melhor caminho é fazer com que as

---

<sup>45</sup> “If members of the crowd are not revealing what they know, errors and even disasters are inevitable”.

peessoas se sintam livres para falar o que pensam. Assim, quando “um grupo está tomando um curso de ação desfavorável, um único dissidente é capaz de mudar este curso, energizando os integrantes ambivalentes e que iriam, de outro modo, seguir a opinião da massa”. (SUNSTEIN, 2005, p. 27)<sup>46</sup>.

Até esse ponto do trabalho o estudo acerca dos processos de conformação social se deu com ênfase no poder exercido pelas maiorias para neutralização do dissenso. Contudo, as minorias também possuem significância e capacidade de produzir grandes movimentos de transformação<sup>47</sup> das opiniões prevalecentes<sup>48</sup>, o que justifica, também, uma breve análise das influências minoritárias<sup>49</sup>.

Importa saber, essencialmente, por que e quando as minorias são capazes de convencer e converter as pessoas, ou seja, identificar sob quais circunstâncias é mais provável que a opinião das minorias exerça influência sobre a maioria. A questão é de alta complexidade e não se encontram soluções definitivas (SUNSTEIN, 2005). Todavia, algumas respostas parciais são oferecidas<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> “[...] a group is embarking on an unfortunate course of action, a single dissenter might be able to turn it around, by energizing ambivalent group members who would otherwise follow the crowd”. Sob este aspecto, pode-se estabelecer uma estreita analogia com a fábula da “roupa nova do rei”, pois quando uma pessoa revela a verdade, é possível que todos ou muitos digam o que realmente veem ou sabem ser verdade. O poderoso efeito que pode produzir um único dissidente é perfeitamente ilustrado no filme “Doze homens e uma sentença”. Cf. TWELVE angry men. Direção: Sidney Lumet. Produção: Henry Fonda. Los Angeles: Fox Home Entertainment. 1957. 1DVD (96min).

<sup>47</sup> Os primeiros estudos sobre influência social focavam quase exclusivamente em como os indivíduos eram afetados por grupos majoritários. Somente em 1970 é que o foco foi deslocado para a análise da influência exercida pelas minorias, tendo como principal expoente Serge Moscovici. (BARON, 2003).

<sup>48</sup> O poder de transformação exercido pelas minorias pode ser identificado em inúmeros episódios históricos, conforme destacados por Sunstein (2005). Por exemplo, a luta de pequenos grupos contra a discriminação sexual produziu mudanças tão intensas que, atualmente, o compromisso pela igualdade de sexos é característica dos sistemas constitucionais modernos; a defesa dos direitos dos homossexuais ganhou força e reúne milhões de pessoas em torno de sua causa; a reciclagem era inicialmente uma atividade promovida apenas por grupos ecológicos extremistas e hoje já integra muitos programas municipais de gestão do lixo.

<sup>49</sup> As mudanças sociais e as inovações encontram seu germe nas ideias minoritárias e não no que pensa a maioria. Mudanças de gostos, música, cortes de cabelo, roupas e até política são iniciadas por uma pequena minoria, que destoa, em algum momento, daquilo que é aceito pela maioria, produzindo, portanto, um movimento lento de mudança, às vezes imperceptível.

<sup>50</sup> As respostas aqui discutidas tomaram por base os estudos de Wood (1994) e de Baron (2003), autores estes referidos por Sunstein (2005).

Considerando que para se sentirem aceitas as pessoas tendem a modificar seus julgamentos sob forma de sujeição<sup>51</sup> à opinião predominante do grupo, um aspecto importante, destacado por Baron (2003), alude ao fato de que, mesmo quando as minorias não conseguem afetar os pontos de vista que as pessoas expressam publicamente, haverá alguma influência sobre o que estas mesmas pessoas pensam individualmente.

Se por um lado as minorias são menos poderosas, por outro, mostram-se incomuns e provocativas. Além disso, demonstram coragem quando discordam de um ponto de vista majoritário, o que as faz parecer altamente confiantes, comprometidas e sinceras. Essas são qualidades que aumentam a probabilidade de as pessoas darem atenção aos argumentos defendidos pelo grupo minoritário. E, se esses argumentos forem bons, a probabilidade de transformarem genuinamente as crenças das pessoas aumentará sensivelmente, operando-se, então, um processo de “conversão”<sup>52</sup>.

Contudo, por receio de rejeição, as novas crenças, que passam a ser manifestadas em particular, deixam de ser publicamente expressas. Esse mesmo efeito se percebe com relação a opiniões políticas. Experimentos concernentes a questões como aborto, direitos dos homossexuais e estrangeiros revelaram que os indivíduos expostos a pontos de vista minoritários tendiam a se conformar com a opinião da maioria em declarações públicas, mas se inclinavam a mudar de opinião quando consultadas em particular (BARON, 2003).

As minorias tornam-se mais convincentes quando seus membros são “consistentes” (BARON, 2003; WOOD *et al*, 1994).

---

<sup>51</sup> As pessoas modificam seus julgamentos para serem aceitas na sociedade, o que consiste, apenas, em uma forma de sujeição, sem envolver uma mudança de atitude genuína. A essa concordância pública com as ideias majoritárias na ausência de aceitação particular denomina-se “sujeição”. (WOOD *et al*, 1994).

<sup>52</sup> Baron (2003) se refere à “conversão” como o processo de mudança genuína das crenças das pessoas. Segundo esse mesmo autor, a influência do grupo minoritário é o único meio pelo qual se promove a “conversão”, que somente é expressa em particular ou indiretamente. Ainda, a conversão, representada pela reação à influência da minoria, é reflexiva, enquanto que a resposta à influência da maioria nunca envolve reflexão. Em outras palavras, as majorias obtêm das pessoas obediência, mas não são capazes de convencê-las de fato, enquanto que as minorias têm o poder de persuadir, algumas vezes, os indivíduos. Sunstein (2005) refuta esse argumento. Para ele, quando as pessoas concordam com as ideias majoritárias, isso se dá, normalmente, em razão das informações oferecidas pelo grupo. Portanto, as majorias também produzem “conversão”.

A consistência, em rigor, envolve uma série de comportamentos como persistência, coerência e lógica. Refere-se também à organização, ao momento e à intensidade do apelo (WOOD *et al*, 1994). Essa consistência, no entanto, não deve aparentar extremismo, rigidez ou resistência à conciliação. O uso de linguagem mais moderada e flexível produz melhores resultados em termos de convencimento (BARON, 2003). Nesse particular, é bom lembrar que um ponto de vista sustentado com clareza e confiança torna-se mais atraente.

Opiniões minoritárias, notadamente, mostram-se menos convincentes quando provêm de indivíduos que pertencem a grupos identificados em termos ideológicos. Em simetria, as influências minoritárias produzem mais efeito sobre um julgamento individual quando o argumento dissonante emerge de pessoas que são consideradas como membros do mesmo grupo com o qual se identifica o indivíduo<sup>53</sup>. Em contraposição, pessoas sem relação de pertencimento com o grupo são vistas de modo negativo e depreciativo.

A percepção das influências minoritárias sobre as majorias favorece a exposição das pessoas a uma maior diversidade de opiniões e pode servir de explicação para a mudança do padrão de julgamento de diferentes grupos, pela inserção de informação até então desconhecida ou desconsiderada, o que, por si só, já teria relevância para o desenvolvimento democrático.

Dando continuidade ao estudo dos fenômenos inseridos no processo de conformação, verifica-se que as influências sociais não repercutem apenas individualmente, produzindo o conformismo, mas sim podem fazer com que as pessoas, rapidamente e ao longo do tempo, movimentem-se em direções identificáveis, produzindo as chamadas “cascatas sociais”, que envolvem tanto uma disseminação de informação quanto uma crescente pressão social. Sob este enfoque, o comportamento humano é afetado em larga escala, produzindo visíveis movimentos de massa, como se verá na próxima seção.

---

<sup>53</sup> Baron (2003) faz referência a diversos experimentos conduzidos com vistas a determinar as condições de limitação ou o aumento das influências minoritárias. Em um desses estudos, identificou que as influências minoritárias produziam pouco ou nenhum efeito sobre as crenças individuais de alunos pró-ambientalistas do segundo grau se as mensagens emanassem de alunos identificados como simpatizantes da indústria madeireira. Todavia, quando a mesma mensagem foi atribuída a um grupo minoritário de alunos pró-ambientalistas, passou a ser mais aceita, em particular por outros membros do grupo.

### 2.1.3 Cascatas sociais

As cascatas sociais são definidas por Sunstein (2005, p. 54) como “movimentos sociais de larga escala nos quais muitas pessoas acabam pensando de uma determinada maneira ou agindo de certa forma em razão das crenças ou das ações de uns poucos agentes primários que influenciam imensamente os seus seguidores”<sup>54</sup>.

Em geral, ilustra Sunstein (2005), as cascatas iniciam com pessoas que se envolvem em certos atos, como, por exemplo, participação em protestos políticos, conversão para uma nova religião, investimento em determinadas ações da bolsa. Há quem perceba e siga esse movimento acreditando que tais pessoas estão corretas ou simplesmente porque desejam aprovação social. Outros indivíduos, influenciados pelo número crescente de pessoas que corroboram aquele movimento, tomam o mesmo curso de ação<sup>55</sup>.

As cascatas sociais envolvem tanto julgamentos sobre fatos quanto julgamentos sobre valores, produzem efeitos em questões morais, políticas e legais e operam dentro de legislaturas, partidos políticos, organizações religiosas, sistema judicial<sup>56</sup>, além de outros grupos e segmentos sociais.

Muitas mudanças relevantes de comportamento e de opiniões que ocorrem dentro das casas legislativas e dos tribunais são facilmente explicadas pelas influências sociais. Quando o legislativo demonstra uma preocupação com algum problema anteriormente negligenciado, como, por exemplo, depósitos de lixo tóxico, esta preocupação é um produto dos efeitos da conformação e não um comprometimento real com o problema. Os juízes também são vulneráveis a esses mesmos efeitos, principalmente quando se defrontam com questão complexa e não

---

<sup>54</sup> “[...] large scale social movements in which many people end up thinking something or doing something because of the beliefs or actions of a few *early movers*, who greatly influence those who follow” [grifo do autor].

<sup>55</sup> Os fenômenos do conformismo, cascatas sociais e polarização de grupos, todos imbricados no processo de conformação social e gerados por força dos efeitos produzidos pelos mesmos dois fatores, as influências informacionais e as influências reputacionais, não atuam isoladamente, mas sim em uma contínua relação de coadjuvação e dependência.

<sup>56</sup> A análise dos efeitos do conformismo nos tribunais será realizada no capítulo 4 deste trabalho.

têm certeza sobre qual a melhor decisão a ser tomada. Grande parte dos julgamentos morais de uma comunidade, de uma casa legislativa ou de um tribunal é resultado dos efeitos das cascatas.

Quando abstratamente consideradas, não se pode dizer se as cascatas sociais são boas ou ruins. Algumas vezes, as cascatas contribuem para eliminar a indiferença pública com relação a alguma questão importante, como a do lixo tóxico, antes mencionada, cuja preocupação pode ser, de fato, justificável e levar as pessoas a tomarem decisões acertadas no tocante a riscos, moralidade ou mesmo na solução de questões de direito (SUNSTEIN, 2001a; 2005).

As cascatas sociais, por outro lado, também podem produzir distorções em larga escala e fazer as pessoas – exatamente pelos mesmos processos – convergirem para decisões absolutamente equivocadas e injustificadas. Tal incerteza põe em relevo a significância do estudo desse fenômeno e sua compreensão pode contribuir e tornar possíveis ações que sirvam tanto para neutralizar a cascata, quando negativa, como para validá-la, quando positiva.

A dificuldade de se determinar antecipadamente se uma cascata social é positiva ou negativa evidencia o problema central resultante de tal fenômeno, qual seja, aqueles que se envolvem em cascatas, agindo em conformidade com o consenso majoritário (*majority consensus*), deixam de desvelar ou de confiar na própria informação, reduzindo a qualidade do discurso público.<sup>57</sup>

---

<sup>57</sup> Um determinado consenso majoritário, conforme anota Baron (2003), pode conduzir indivíduos, não apenas os indivíduos comuns, mas também juízes, desembargadores e ministros dos tribunais, a julgamentos inexatos, irracionais e injustificados. Acima de tudo, é capaz de elevar paulatinamente a confiança das pessoas nesses julgamentos. Dessa forma, pode-se afirmar que o aumento de confiança dos indivíduos em um determinado julgamento, seja ele sobre questões fáticas, morais, políticas ou legais, é diretamente proporcional ao aumento dos níveis de conformação do grupo.

### 2.1.3.1 Cascatas informacionais

As cascatas pura ou estritamente informacionais ocorrem quando o indivíduo passa a dar credibilidade a uma determinada proposição, simplesmente porque outras pessoas parecem aceitá-la. Caracterizam-se pelo fato de que as pessoas deixam de confiar nas próprias opiniões e informações e tomam suas decisões com base nos sinais manifestados por outros. O comportamento inicial de uns poucos indivíduos, portanto, passa a ser a causa direta do comportamento de inúmeros seguidores. (SUNSTEIN, 2005).

Importante destacar que a pré-condição essencial para que uma cascata informacional equivocada se desenvolva está no fato de que a maior parte dos indivíduos não detém informação confiável e suficiente sobre determinada questão. A participação em uma cascata é, portanto, em face da informação limitada que possui o indivíduo, uma decisão racional<sup>58</sup>.

Outra pré-condição, não apenas das cascatas informacionais mas de qualquer cascata social, alude à “heterogeneidade das respostas individuais aos sinais sociais” (SUNSTEIN; KURAN, 2007b, p. 722). Explica-se. Ordinariamente, os indivíduos diferem uns dos outros nos seus pré-julgamentos, na confiança que depositam em suas próprias fontes de informação, no maior ou menor grau de receptividade do discurso público e na sua sensibilidade a mudanças em face de opiniões alheias. Todos esses fatores distintos são necessários à produção de uma cascata. Ausentes essas variantes, todos se ajustariam simultaneamente às novas informações, produzindo não uma cascata informacional, mas uma repentina mudança de opinião coletiva.

Em uma cascata, os ajustes individuais às informações apresentadas ocorrem em tempos diferentes, com algumas pessoas se convencendo rapidamente dos sinais oferecidos e outras permanecendo céticas em diversos níveis, até que mais informação se torne disponível.

---

<sup>58</sup> Trata-se de comportamento racional tendo em vista que a obtenção de informação mais precisa e aprofundada envolve certo custo, ainda que apenas em termos de tempo. Além disso, também em face das pressões em favor da conformação, pode-se afirmar a racionalidade da escolha em participar das cascatas.

No curso de uma cascata informacional, a suposta validade de um argumento se fortalece gradativamente e em proporção ao número de pessoas que dão credibilidade ao argumento. Da mesma forma e na mesma medida, as dúvidas das pessoas diminuem ou até mesmo desaparecem<sup>59</sup>, resultando em um julgamento final amplamente partilhado baseado em pouca informação. Justamente por se fundar em pouca informação, esse argumento, apesar de ser sustentado por muitos, revela-se bastante frágil, no sentido de que se pode inverter em função de novos movimentos contrários<sup>60</sup>.

O principal problema decorrente das cascatas informacionais está no fato de que as pessoas, ao observarem o movimento de outros indivíduos em uma direção, acreditam, equivocadamente, que eles estejam agindo de forma autônoma, ou seja, com base em seu próprio conhecimento. Ignoram o que na verdade ocorre: que todas as pessoas envolvidas na cascata agem sob forte influência das informações dos outros, até o ponto em que se desconhece a fonte original da informação. As pessoas decidem com base no que os outros decidiram, sem compreender, contudo, os motivos da decisão e sem perceber que o cego é quem está, de fato, guiando o cego<sup>61</sup>. (SUNSTEIN, 2005).

---

<sup>59</sup> "In accepting a belief, each individual strengthens the case for acceptance, which results in additional acceptances that strengthen the case even further. The ultimate outcome can be a widely shared judgment based on little information." (SUNSTEIN; KURAN, 2007b, p. 722).

<sup>60</sup> É certo que o processo anteriormente referido consiste em uma simplificação do modo como a maioria dos indivíduos interpreta os argumentos públicos. Apenas os números não são suficientes para atribuir validade às informações. O nível de credibilidade que a informação é capaz de suscitar em cada indivíduo ou grupo de indivíduos é fator preponderante de influência. Esse nível de credibilidade variará exatamente em função das pré-concepções de cada indivíduo, fazendo com que demonstrem o que Sunstein e Kuran (2007b) denominam de confiança e desconfiança seletiva. Isso porque as sociedades são fragmentadas, sendo compostas de diversos subgrupos. Conforme a identificação de um indivíduo com um ou outro desses grupos, ele pode ser mais ou menos suscetível a determinadas cascatas. Também em virtude da grande variedade de subgrupos que compõem qualquer grande população, cascatas informacionais locais, limitadas a certa área geográfica, a um determinado subgrupo demográfico ou a um dado grupo de ativistas são comuns e facilmente identificáveis. Em face desses fatores é possível compreender porque algumas pessoas, por exemplo: duvidam da idoneidade dos laboratórios farmacêuticos, chegando a acreditar que fabricam doenças para vender seus medicamentos; concordam que o aquecimento global é, na verdade, uma grande fraude. Da mesma forma que uma cascata informacional pode se propagar em um subgrupo sem se disseminar em outro, é certo dizer que, a qualquer tempo, qualquer subgrupo pode experimentar suas próprias cascatas informacionais.

<sup>61</sup> Conferir, a respeito, HIRSHLEIFER, David. *The blind leading the blind: social influences, fads and informational cascades*. Disponível em: <<http://repositories.cdlib.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1156&context=anderson/fin>>. Acesso em: 25 abr. 2009.



Por tudo isso, as cascatas informacionais<sup>62</sup> podem inspirar julgamentos equivocados e, não raro, levar as pessoas a tomarem decisões prejudiciais ou perigosas, simplesmente porque falham em revelar e agir de acordo com as informações que possuem. O argumento básico é claro: aqueles que tomam parte em cascatas deixam de desvelar a informação que possuem e, como consequência, produzem resultados piores do que aqueles que seriam produzidos se todas as informações ocultas tivessem sido reveladas, criando sérios riscos de erros. (SUNSTEIN, 2005).

As cascatas informacionais se caracterizam, então, pela inexistência de discussão ou troca de ideias. As pessoas emitem sinais, mas não explicam o porquê de terem sinalizado naquele sentido. Outras aprendem por meio de observação e, ao invés de pautar sua conduta com base em explicações e argumentos fundamentados, passam simplesmente a responder às ações praticadas pelos seus antecessores na cascata. Esse aspecto sugere que as cascatas ocorrem somente quando as pessoas não discutem e não compartilham argumentos, o que poderia, aparentemente, fazer crer que os juízes não participariam de cascatas porque suas opiniões são escritas e fundamentadas<sup>63</sup>.

É certo que a necessidade de oferecer explicações e a possibilidade de provocar questionamentos tornam menos provável que as pessoas simplesmente “sigam” uma opinião, a menos que esta opinião sustente explicações consistentes. À medida que as pessoas precisam motivar suas decisões, as cascatas passam a ser menos frequentes, pois “fundamentos convincentes oferecem, de fato, proteção contra cascatas negativas”<sup>64</sup>. (SUNSTEIN, 2005, p. 65).

---

<sup>62</sup> A propósito das cascatas informacionais, deve-se mencionar que são comuns em áreas concernentes a riscos sociais, sendo frequentemente responsáveis pela difusão do medo entre pessoas ou grupos com relação a determinados perigos, muitas vezes, exagerados ou até desconectados da realidade. As pessoas passam a temer a ocorrência de determinado fato, produto ou alimento - por exemplo, os alimentos transgênicos -, não com base em conhecimento fático ou evidências científicas mas por causa do aparente medo de outras pessoas. Da mesma forma, o receio de ser vitimado pela violência urbana é muitas vezes infundado e decorre da profusão das cascatas. Assim, difunde-se uma cultura de medo, que é retroalimentada pela própria opinião pública. Discussão mais profunda pode ser vista em Cass Sunstein e Kuran (2007b) ao se referirem às cascatas de disponibilidade (*availability cascades*), que combinam os conceitos das cascatas informacionais e das cascatas reputacionais.

<sup>63</sup> Esse é o argumento defendido por Talley (1999), para quem as cascatas são implausíveis no âmbito judicial, em virtude das peculiaridades aí envolvidas, e especialmente diante da necessidade de decisões escritas e motivadas.

<sup>64</sup> “[...] convincing grounds do provide protection against bad cascades”.

No contexto judicial, em que a motivação das decisões é constitucionalmente imposta, juízes e tribunais podem, com facilidade, encontrar e avaliar os fundamentos oferecidos por julgadores que lhes antecederam. Dessa forma, a menos que os fundamentos dados não sejam convincentes, as cascatas provavelmente não se propagarão.

Esse argumento, todavia, não é forte o bastante para afastar, peremptoriamente, a possibilidade de ocorrência de cascatas informacionais nos domínios do judiciário. As cascatas surgirão, inevitavelmente, tendo em vista que muitas decisões judiciais são pouco ou nada informativas; ao contrário, são omissas e obscuras. E, mesmo quando a fundamentação é clara, as pessoas podem ser envolvidas em cascatas porque não acreditam que tenham informação suficiente para rejeitá-la, especialmente em áreas muito técnicas. (SUNSTEIN, 2002; 2005).

Assim, um juiz pode simplesmente reproduzir a decisão de seus antecessores porque os argumentos utilizados parecem plausíveis, fato que impõe a necessidade de enfrentamento do problema das cascatas também dentro do contexto judicial.

A implicação é clara: os juízes devem ser cautelosos sobre o peso que atribuem aos argumentos partilhados por outros juízes e, principalmente, devem estar alertas para o fato de que a unanimidade vertida nos julgamentos anteriores pode não refletir acordos independentes, mas ser resultado de cascatas informacionais.

De outro giro, as pessoas muitas vezes têm clareza quanto a seus valores e preferências, ainda que não possuam muita informação sobre determinado assunto, mas deixam de revelá-los, também em virtude das pressões em favor da conformação.

Do ponto de vista democrático, isso também representa um problema, pois essas pressões aumentam significativamente o aparente – não real – grau de concordância. Nessas hipóteses, outro tipo de cascata está em ação – as cascatas reputacionais.

### 2.1.3.2 Cascatas reputacionais

Assim como as informacionais, as cascatas reputacionais são guiadas pela interdependência que se estabelece entre as escolhas de um e de outro indivíduo. Apesar de tal similitude, as cascatas reputacionais distinguem-se das informacionais, especialmente, em virtude das motivações pessoais nelas envolvidas.

Com efeito, uma cascata reputacional surge quando as considerações acerca da reputação de determinada pessoa funcionam como um excelente mecanismo de regulação do seu comportamento. Além disso:

Uma pré-condição para uma cascata reputacional é, portanto, a possibilidade de induzir divisões entre o 'eu' privado e o 'eu' público de um número suficiente de pessoas. Tal divisão requer um desejo de parte de muitos cidadãos de balizar e ajustar suas expressões e ações públicas com vistas a proteger sua posição social. (SUNSTEIN *et al*, 2007b, p. 727).<sup>65</sup>

A ideia básica imanente a uma cascata reputacional é que as pessoas ajustam o seu agir ou falar, em parte, com o objetivo de preservar a própria reputação, mesmo que isso signifique deixar de externar o que, de fato, pensam ou no que acreditam. Temendo a rejeição do grupo, muitas pessoas podem não contestar publicamente julgamentos factuais, práticas e valores que abominam intimamente.

Os efeitos cascatas acontecem, inclusive, na vida política e em meio ao debate democrático, relativamente a julgamentos políticos, morais e legais. Membros do Congresso, por exemplo, em muitos casos, expressam-se em resposta a pressões reputacionais, pois são especialmente vulneráveis às cascatas reputacionais e dependentes da imagem que constroem e mantêm perante os eleitores. Em vista disso, quando expostos à votação de questões polêmicas, os

---

<sup>65</sup> “A precondition for a reputational cascade is thus the possibility of inducing splits between the private and public “selves” of a sufficient number of people. Such a split requires a willingness on the part of many citizens to shade their public expressions and tailor their public actions in the interest of protecting their social standing”.

parlamentares participam com facilidade de cascatas, ocultando suas verdadeiras preferências, com receio de perderem credibilidade junto à opinião pública.

Não obstante a distinção das cascatas sociais em informacionais e reputacionais, deve-se observar que elas não operam de forma pura, ou seja, não se verifica sobre o indivíduo a incidência exclusiva de uma ou de outra cascata. Ao contrário, elas operam simultaneamente e seus efeitos são produzidos em uma espécie de troca mútua, de forma combinada. Isso porque o indivíduo, em seus relacionamentos sociais, é tão permeável a um quanto a outro tipo influência.

Com efeito, a análise teórica dos tipos puros, engendrada por Sunstein e outros (2007b, p. 729), aponta que a variante reputacional apresenta uma visão supersocializada da natureza humana, pois “apesar de certas expressões individuais serem guiadas exclusivamente por preocupações reputacionais, a maior parte das pessoas, ordinariamente, equilibra essas preocupações com o desejo de serem verdadeiras para com os outros e para consigo mesmas”<sup>66</sup>.

No extremo oposto, uma cascata puramente informacional apresenta uma concepção subsocializada do indivíduo. Usualmente, ao acolherem conhecimentos e preferências por exposição a informações trazidas por outras pessoas, os indivíduos avaliam o impacto que estas mesmas informações terão sobre suas reputações. Assim é que:

Uma visão realisticamente socializada da natureza humana tratará as pessoas como seres sociais que procuram aceitação, como caçadores de conhecimento, prontos para aprender com os outros, e também como agentes expressivos que desenvolvem suas individualidades dizendo o que pensam. Certamente, as pessoas diferem umas das outras ao longo dessas dimensões; algumas se preocupam imensamente com suas reputações, enquanto outras se preocupam muito pouco.<sup>67</sup> (SUNSTEIN *et al*, 2007b, p. 729).

Por outro lado, as influências sociais, em algumas situações, ao invés de estabelecerem um reforço recíproco dos seus efeitos, podem agir em contraposição

---

<sup>66</sup> “Although certain individual’s expressions are sometimes ruled solely by reputational concerns, most people ordinarily balance these concerns against the desire to be truthful to others and to themselves”.

<sup>67</sup> “A realistically socialized view of human nature will treat people as social beings who seek acceptance, as knowledge-seekers who are ready to learn from others, and also as expressive agents who develop their individualities by speaking their minds. To be sure, people differ from one another along these dimensions; some care enormously about their reputations, while others care very little.”

umas com as outras. Quer dizer: as pessoas podem considerar ser prudente, em termos reputacionais, corroborar um determinado argumento ou ponto de vista, mesmo que conscientes das distorções produzidas na comunicação pública. “Um indivíduo pode reconhecer a insinceridade do discurso público sem estar preparado para resistir às pressões implícitas”. (SUNSTEIN *et al*, 2007b, p. 730)<sup>68</sup>.

Nessa ordem de ideias, percebe-se que o mesmo problema que emerge das cascatas informacionais se verifica com relação às cascatas reputacionais, nas quais, por uma razão distinta, o grupo também é incapaz de saber o que muitas pessoas pensam, ficando, por consequência, privado de informações relevantes. Essa possibilidade revela subliminarmente o que se denomina de ignorância pluralística<sup>69</sup>.

A transformação da ignorância pluralística em conhecimento pluralístico se opera pela via do dissenso, sustenta Sunstein (2002; 2005). É por meio do dissenso que se pode garantir que o rol de argumentos inseridos no debate social seja ampliado e que os valores, as preferências e as ideias dos participantes não fiquem ocultos<sup>70</sup>, sendo apresentados de forma que todos fiquem expostos a

---

<sup>68</sup> “One can recognize the insincerity of public discourse without being prepared to resist the underlying pressures”. Este ponto pode ser mais bem esclarecido com a seguinte ilustração. Imagine-se que, diante de uma situação de risco, por exemplo, a iminência de disseminação global de algum vírus, o anúncio de que não há perigo para as pessoas provenha de autoridades extremamente poderosas, mas notoriamente inescrupulosas. A fonte dessa informação pode gerar descrédito entre as pessoas, inclusive da classe política. Mas, ao mesmo tempo, pode sinalizar as vantagens reputacionais que se produzirão para aqueles que corroborarem publicamente o anúncio, instigando-os a agir em tal sentido. O exemplo foi adaptado de Sunstein e outros (2007b).

<sup>69</sup> A ignorância pluralística definida por Sunstein (2005) consiste em uma falsa percepção por parte de muitos ou de todos acerca do que a maioria das pessoas, de fato, pensa. Em face da ignorância pluralística, as pessoas equivocadamente assumem que a maior parte dos membros do grupo sustenta um determinado ponto de vista e, com o intento de ajustar suas próprias opiniões a este ponto de vista, alteram suas declarações e ações. As normas fruto da ignorância pluralística distorcem a opinião pública e, com o tempo, alteram o conhecimento e as opiniões particulares. Essa autocensura representa uma grande perda social, tendo em conta que determinadas declarações e opiniões acabam expurgadas do debate social, fazendo com que o que antes era impensável não possa ser sequer pensado – o “impensável” torna-se “impensado” (KURAN, 1997, p. 177). Ainda que se possa sustentar que ideias subtraídas do público em geral podem sobreviver indefinidamente em meio a pequenos grupos e que sempre haverá pessoas com coragem para reafirmá-las, isso não é suficiente para infirmar o argumento ora defendido. Como esclarece Kuran (1997), é difícil adquirir uma compreensão profunda de algo que é mantido em segredo, já que as ideias ganham clareza e precisão quando são pública e amplamente debatidas. Desta feita, as ideias livremente expressas têm mais probabilidade de permanecer na consciência humana do que aquelas que foram expurgadas do discurso público.

<sup>70</sup> Não se pode deixar de registrar, todavia, que a autocensura nem sempre tem um efeito negativo. São facilmente identificáveis diversas situações nas quais as normas de imposição social, ao constranger determinadas declarações, tais como discursos racistas ou sexistas, funcionam como um

distintas concepções de bem, além de lhes ser permitido conhecer o que os demais membros do grupo verdadeiramente pensam.

#### 2.1.4 Polarização de grupos

As mesmas influências sociais que produzem conformismo e cascatas são causa do fenômeno da polarização de grupos (*group polarization*)<sup>71</sup>.

Segundo teoriza Sunstein (2005; 2009), a polarização ocorre quando os membros de um grupo, envolvidos em um processo deliberativo, acabam assumindo uma posição mais extremada, alinhada com as tendências mais evidentes deste grupo, antes da deliberação.

O movimento de radicalização se torna mais pronunciado quando pessoas que compartilham as mesmas opiniões se reúnem em um grupo de deliberação, sem permitir, contudo, que o debate seja alimentado, também, por pontos de vista divergentes. Em função da exclusão das opiniões dissidentes, o grupo fica exposto a um limitado rol de argumentos, o que acaba por reforçar, por meio da discussão, uma tendência individual de seus membros seguirem em determinada direção. São dois, portanto, os mecanismos que sublinham a dinâmica

---

poderoso filtro da discussão pública. Os indivíduos, nesses casos, ao sofrerem as pressões sociais, ajustam-se e promovem o que Goodin (1986) denomina de faxina das preferências – (*laundering preferences*). A ideia básica é que o efeito faxina – (*laundering effect*), ao prevenir que declarações ou preferências perversas sejam incluídas no debate, pode ter um impacto positivo na discussão pública. O efeito faxina, no entanto, não desconstitui o argumento central de que o dissenso é fundamental para as sociedades. São inúmeras as situações em que não se pode afirmar antecipadamente se uma declaração ou preferência é ou não perversa; se merece ou não ser considerada pelo grupo.

<sup>71</sup> O termo polarização de grupos é largamente usado na Psicologia, mas denota certa ambiguidade. Não significa, como pode parecer, que os membros do grupo irão se mover no sentido de dois pólos. Ao contrário, o termo se refere a uma mudança previsível dentro de um grupo que delibera sobre determinada questão. À medida que ocorre a mudança, o grupo e seus membros se unem em favor de uma posição mais extremada, em direção às tendências iniciais. Dessa forma, um grupo de feministas moderadas torna-se mais inflexível em suas decisões após discussão; um grupo de ambientalistas radicaliza suas opiniões após a deliberação de seus membros; um grupo com tendências racistas, após a deliberação, terá reforçado estas ideias. A polarização pode ocorrer na internet, entre torcedores de um time, em meio a partidos políticos e até mesmo nações inteiras. (SUNSTEIN, 2009).

da polarização: as influências sociais, agindo sobre o comportamento humano, e o rol de argumentos disponíveis<sup>72</sup>.

Verifica-se, nesse sentido, que em virtude da própria deliberação pontuada pelo isolamento do grupo, os níveis de radicalismo são facilmente incrementados. O isolamento de que se fala pode ser alcançado tanto física quanto psicologicamente, criando-se um sentimento de desconfiança com relação a não membros do grupo. Com essa separação, a informação e os pontos de vista daqueles indivíduos que não pertencem ao grupo tendem a ser desacreditados e, dessa forma, “nada perturbará o processo de polarização enquanto os membros do grupo continuam a debater”<sup>73</sup>. (SUNSTEIN, 2005, p. 113).

Sublinhe-se a estreita relação que há entre a polarização de grupos e os efeitos cascatas<sup>74</sup>. Ambos, afirma Sunstein (2002), são produtos das influências informacionais e reputacionais. Uma diferença fundamental, contudo, é que a polarização de grupos se refere aos efeitos da deliberação. As cascatas, usualmente, não envolvem qualquer tipo de discussão<sup>75</sup>.

Há, ainda, outro fator que contribui para a polarização. As pessoas naturalmente tratam as informações que recebem de forma assimétrica, ou seja, têm percepção seletiva das evidências favoráveis ou contrárias às suas crenças<sup>76</sup>. Elas aceitam com facilidade as evidências que confirmam suas próprias convicções, enquanto criticam duramente as evidências contrárias. Assim, de maneira distorcida, acabam encontrando fundamentos nem sempre válidos para sustentar seus pontos de vista iniciais. Essa inclinação natural é potencializada quando ficam expostas

---

<sup>72</sup> Sobre esse tema, conferir o estudo feito por ISENBERG, David. Group Polarization: a critical review and meta-analysis. *Journal of Personality and Social Psychology*. v. 50, n. 6, p. 1.141-1.151, 1896. Disponível em:

<<http://www.soc.ucsb.edu/faculty/friedkin/Syllabi/Soc147/Group%20Polarization%20Isenberg.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2009.

<sup>73</sup> “[...] nothing will disturb the process of polarization as group members continue to talk.”

<sup>74</sup> Em que pese a relação que se estabelece entre ambos os fenômenos e, ainda que em regra envolva um processo do tipo cascata, a polarização não ocorre necessariamente desta forma. É possível que seja simplesmente resultante de decisões simultâneas independentes, tomadas por todos ou pela maior parte dos indivíduos de um grupo, no sentido de se moverem em direção a um ponto mais radical, em convergência com as tendências individuais iniciais dos membros deste grupo.

<sup>75</sup> Anote-se, em sentido contrário, o argumento de Baron (2003), de que a polarização pode ocorrer em virtude da mera exposição aos pontos de vista de outros indivíduos.

<sup>76</sup> Sobre o tratamento assimétrico das informações, conferir o estudo de Lord e outros (1979).

somente a opiniões que correspondem às suas próprias crenças<sup>77</sup>, fato que dá ensejo ao endurecimento e à radicalização de posicionamentos.

Outra questão merece ser pontuada. Segundo Sunstein (2005, p. 118), em grupos de deliberação, aqueles que estão em posição minoritária normalmente se calam ou exercem pequena influência nas discussões. O resultado desse silêncio ou pouca expressividade é o que o autor denomina de “perfis ocultos” (*hidden profiles*), que consistem em informação relevante que deixa de ser dividida com o grupo. Por conta disso, é possível afirmar que os membros do grupo possuem a informação, mas não a discutem e, como consequência produzem decisões piores do que aquelas que produziram se tivessem considerado a questão por outras perspectivas. Em regra, os grupos tendem a enfatizar os argumentos mais proeminentes e a negligenciar aquelas informações que pertencem apenas a uns poucos membros – uma tendência que serve apenas para reforçar a marcha em direção ao consenso do grupo, em vez de fomentar o debate.

De tudo o que foi dito, é fácil perceber que a polarização de grupos é um fenômeno multicausal, quer dizer, ocorre como resultado de diversas concausas. Essas múltiplas causas interagem de forma a influenciar a percepção e as escolhas dos membros de um grupo, conduzindo-os à radicalização de suas crenças.

Outras causas, além das já referidas, podem ser identificadas. Algumas delas têm especial importância para a compreensão da relação que se estabelece entre a polarização e a democracia constitucional.

O fato de as pessoas se sentirem parte de um mesmo grupo é de grande importância. Para Sunstein (2001a, p. 27): “Um sentimento de identidade partilhada irá intensificar o movimento e um sentimento de que não há identidade irá reduzi-lo ou possivelmente eliminá-lo”<sup>78</sup>.

Além desses, outros fatores que determinam a polarização são: informação, confiança e corroboração, e comparação social.

a) Informação – paralelamente aos efeitos gerados pelas influências informacionais com relação à produção de conformismo e cascatas sociais, verifica-

---

<sup>77</sup> Em sentido contrário, percebe-se uma tendência à despolarização quando os grupos de deliberação são formados por outros subgrupos com ideias antagônicas e membros que demonstram certo grau de flexibilidade em suas posições.

<sup>78</sup> “[...] a sense of shared identity will heighten the shift, and a belief that identity is not shared will reduce and possibly eliminate it”.



se que, também quanto à polarização, as pessoas se inclinam a ajustar suas convicções em razão dos argumentos defendidos por outros membros do grupo. Entretanto, esse problema é agravado em função da assimetria de tratamento conferida às informações recebidas e pela questão da limitação do rol de argumentos disponíveis. Inevitavelmente, em virtude dessas agravantes, o conjunto de argumentos, em qualquer grupo que se predisponha caminhar em uma direção, será distorcido no sentido desta predisposição.

b) Confiança e corroboração – pessoas com pontos de vista radicais tendem a ter mais confiança nas suas opiniões<sup>79</sup> e à medida que adquirem mais confiança se tornam radicais em suas crenças. (SUNSTEIN, 2002).

Trata-se de um movimento circular de crescente confiança e extremismo, que pode ocorrer simultaneamente com todos os participantes do debate. A corroboração de uma opinião gera mais confiança; mais confiança gera mais extremismo e este, por sua vez, gera mais confiança. Esse movimento é invisível para cada um dos participantes, que acreditam que os demais membros do grupo, de fato, sustentam seus pontos de vista sem hesitação (SUNSTEIN, 2005).

c) Comparação social – o fator da comparação social reforça a ideia dos perfis ocultos e o problema das informações não externadas, já que as opiniões de um indivíduo são orientadas, em maior ou menor extensão, em função da imagem que pretende transmitir.

Como aponta Sunstein (2002, p. 58), “as pessoas podem enfatizar informações e opiniões partilhadas e desconsiderar novas evidências e perspectivas menos comuns, simplesmente por receio de rejeição por parte do grupo e porque desejam obter aprovação geral”<sup>80</sup>. Por essa razão, não raro, informações de alta relevância para a tomada de decisões são suprimidas, com implicações negativas para a política e instituições legais.

Além disso, alguns pontos de vista têm melhor aceitação, tanto que são mais facilmente defendidos e sustentados. Isso ocorre pela existência de normas

---

<sup>79</sup> Em contraste, pessoas inseguras sobre suas convicções tendem a ser mais moderadas. A mesma lição se retira de Baron e outros (1996), com base na afirmação de que a corroboração social de julgamentos categóricos aumenta o extremismo das opiniões, enquanto a contradição reduz a sua radicalização.

<sup>80</sup> “People might emphasize shared views and information, and downplay unusual perspectives and new evidence, simply for fear of group rejection and a desire for general approval.”

sociais predominantes, que variam com o tempo e o lugar. Vale dizer que enquanto estas normas atuam, produzem uma vantagem retórica automática sobre as opiniões.

A vantagem retórica, por sua vez, repercute nas decisões de diversas instituições democráticas, como casas legislativas e câmaras judiciais e em função dela, afirma Sunstein (2002, p. 60), “a deliberação do grupo produzirá mudanças significativas nos julgamentos individuais”<sup>81</sup>, conduzindo muitas vezes a escolhas equivocadas (SUNSTEIN, 2001a) .

#### 2.1.4.1 Polarização e despolarização: refinamentos

A polarização não é um fenômeno que se percebe em todo e qualquer grupo, quer dizer, não é uma constante social.

O grau de incidência e intensidade da polarização depende de distintas variáveis, todas relacionadas com os efeitos das pressões sociais já abordadas, entre as quais se sobrepõem as características e a situação dos indivíduos com relação ao grupo a que pertencem.

Consideradas essas variáveis, pode-se afirmar que é possível que as instituições democráticas sejam desenhadas com vistas a reduzir o grau de polarização nos grupos sociais.

Um elemento de particular importância para a ocorrência da polarização é o sentimento de pertencimento que o indivíduo tem com relação ao grupo. Um senso de identidade partilhada faz surgir laços de afeição e sentimento de solidariedade que contribuem para o aumento dos níveis de polarização, já que a empatia entre os membros do grupo acaba levando as pessoas a ocultar suas opiniões, com o fim de evitar situações de tensão ou de desaprovação. O dissenso, nesses casos, é significativamente menos frequente, reduzindo o número de argumentos divergentes e intensificando as influências sociais sobre as escolhas individuais.

Paralelamente, a inserção de grupos externos rivais ou de integrantes

---

<sup>81</sup> “[...] group deliberation will produce significant shifts in individual judgments.”

destes no meio de determinado grupo é também fator de aumento da polarização. Quando as pessoas são definidas em termos da sua associação com um determinado grupo, elas ficam fortemente inclinadas a desconsiderar os argumentos de pessoas definidas como estranhas a este grupo (SUNSTEIN, 2001a).

A radicalização dos julgamentos de um grupo deve-se, também, ao grau de confiança com que seus membros defendem seus pontos de vista, por conta da relação que se estabelece entre confiança e extremismo. Daí resulta que a polarização é mais frequente quando o grupo está dominado por pessoas confiantes.

De fato, afirma Sunstein (2001a, p. 28)<sup>82</sup>:

[...] parte da razão para a polarização do grupo parece residir no fato de que, em conjunto, posições extremadas são menos controladas, e sustentadas com maior segurança. [...] o poder de persuasão dos argumentos depende não apenas dos termos em que são oferecidos, mas também da confiança com que são articulados.

Deve-se notar, entretanto, que a confiança e a autoridade com que um ponto de vista é sustentado pode não decorrer de uma inclinação ao extremismo mas em virtude de conhecimento fático ou técnico sobre alguma questão. Quando alguém está seguro acerca de uma determinada questão, sustentará seu ponto de vista com maior convicção e autoridade, tornando-se mais convincente e, por isso, há mais chances de o grupo se mover na mesma direção. Nesse caso, não se fala em polarização mas em convergência (SUNSTEIN, 2002; 2005).

A presença de pessoas que detêm conhecimento suficiente e informações precisas sobre determinado fato ou questão é, portanto, um fator que contribui para a despolarização do grupo. “Uma pessoa que sabe, e que é reconhecida por saber a verdade”, analisa Sunstein (2005, p. 133)<sup>83</sup>, pode prevenir a polarização e desconstruir uma cascata.

Em contrapartida, a polarização fica fortalecida se os participantes mais moderados deixarem o grupo de forma sistemática, por discordar das decisões radicais tomadas. Nessas situações, o grupo se tornará menor, contudo as

---

<sup>82</sup> “[...] part of the reason for group polarization appears to be that, as a class, extreme positions are less tractable and more confidently held. [...] the persuasiveness of arguments depends, not simply on the grounds given, but also on the confidence with which they are articulated.”

<sup>83</sup> “[...] a person who knows, and is known to know the truth [...]”.

discussões estarão cada vez mais limitadas em termos de argumentos e de informações, o que resultará em maiores níveis de radicalização. Paradoxalmente, em face das fortes pressões sociais que operam na dinâmica dos grupos, a permanência de membros mais moderados não é garantia de ampliação da gama de informações oferecidas. (SUNSTEIN, 2005).

O estudo acerca das influências de grupo – o conformismo, as cascatas e a polarização – mostra-se relevante porque repercute diretamente em matéria legal<sup>84</sup> e política e determinam, em muitos contextos, as opções e as escolhas adotadas.

---

<sup>84</sup> Diversas questões relacionadas ao Direito são afetadas pelos fenômenos aqui denominados como influências sociais. Por exemplo, o fato de que algumas leis são raramente violadas e outras, ao contrário, possuem pouquíssima eficácia, remete à chamada teoria da função expressiva das leis (*expressive law*), que discute a interdependência entre os efeitos produzidos pelas normas sociais e pelas normas legais sobre o comportamento dos indivíduos. O argumento central dessa teoria sugere que as leis possuem uma influência expressiva sobre as atitudes das pessoas, independentemente dos efeitos criados pelas sanções que impõem. Os indivíduos se sujeitam aos comandos legais mesmo na ausência de qualquer ação do Estado. Assim, percebe-se que a observância ou não dos comandos de determinadas normas depende, muitas vezes, daquilo que se vislumbra como socialmente aceito ou repellido. Veja-se que nos Estados Unidos, por exemplo, raramente alguém irá estacionar seu carro em uma vaga reservada para pessoas com algum tipo de deficiência. Essa é uma atitude socialmente “punida” com muita veemência. Já no Brasil, tal fato não só acontece com muita frequência como as pessoas que o praticam não se sentem envergonhadas de dizerem que agem dessa forma diante de várias outras pessoas, como, por exemplo, aos colegas de trabalho. Por outro lado, verifica-se uma grande desaprovação social com relação a fumar em locais fechados. Assim, ainda que as leis proibitivas de tal ação não suscitem sanções muito severas, são amplamente respeitadas. Outro exemplo de leis sem eficácia em nosso país alude àquelas que proíbem animais nas praias. Defensor da teoria da função expressiva da lei, Sunstein (1996; 2002; 2003; 2005) sustenta que o poder de sujeição das leis está diretamente relacionado ao impacto gerado pelas influências sociais sobre o comportamento humano. Outras discussões acerca desse assunto, inclusive com abordagens econômicas e de justiça das leis, podem ser obtidas em: FREY, Bruno S; FELD, Lars P. P. Deterrence and morale in taxation: an empirical analysis (august 2002). *CESifo Working Paper Series*. n. 760. Available at SSRN: Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=341380>>. Acesso em: 10 mar. 2009.; RICHARD, H. McAdams. An attitudinal theory of expressive law. *Oregon Law Review*. Oregon, vol. 79, p. 339-390, Summer 2000. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/pape.tar?abstract\\_id=253331](http://papers.ssrn.com/pape.tar?abstract_id=253331)>. Acesso em: 5 mar. 2009.

## 2.2 MECANISMOS CONSTITUCIONAIS DE PROMOÇÃO DO DISSENSO

Os processos de conformação social são universais e se evidenciam tanto em regimes democráticos quanto em regimes autoritários, conduzindo a escolhas políticas muitas vezes não coincidentes com as opiniões privadas dos indivíduos.

Certamente que regimes autoritários favorecem tais processos já que sua ação se funda na coerção e na difusão do medo, sem deixar espaço para qualquer tipo de oposição. Todavia, a mera existência da democracia não é suficiente para vencê-los. Mesmo em países livres as pessoas se calam e assim procedem não apenas em virtude de imposições legais, mas especialmente em função das pressões sociais que atuam de forma insidiosa sobre os espíritos mais independentes<sup>85</sup>.

A imposição de custos sobre os dissidentes é uma tendência humana natural, já que é difícil para pessoas que acreditam conhecer a verdade compreender porque devem permitir que alguém, com um ponto de vista contrário ao seu (e, portanto, falso) tenha igual oportunidade de expressar tal ponto de vista.

Justamente em face da intolerância com relação a argumentos dissidentes é que se exige que a democracia estabeleça garantias para a expressão das mais distintas formas de opinião e de comportamento.

Nesse sentido, muitas das liberdades civis, especialmente a liberdade de expressão, podem ser consideradas como uma tentativa de imunizar as pessoas das pressões para a conformação.

A razão para a existência dessas liberdades não é apenas a proteção de direitos individuais, mais que isto, visa à proteção do público “contra os riscos do seu próprio silêncio” (SUNSTEIN, 2005, p.83)<sup>86</sup>, já que o dissenso é, de fato, um meio indispensável para a tomada de decisões mais acertadas. Por essa razão, um sistema que se compromete com a democracia deliberativa não pode deixar de

---

<sup>85</sup> As distintas formas de controle social e seus métodos de atuação são especialmente invasivos. Rousseau (2006, p. 9), ao abrir o “Contrato Social”, com a afirmação de que “O homem nasceu livre, mas por toda parte ele está agrilhado”, desvela, de modo contundente, a existência dessas forças e seu irresistível poder de envolver as pessoas em uma teia social de grandes e pequenas tiranias.

<sup>86</sup> “[...] against the risk of self-silencing.”

fomentá-lo, por meio de todas as suas instituições. Por outro lado, o processo decisório pode se tornar mais oneroso, justamente em razão do dissenso. Em vista disso, o que se deve estimular não é simplesmente o dissenso mas o dissenso racional<sup>87</sup>.

O problema, contudo, é que abstratamente não é possível aferir o valor do dissenso em termos quantitativos e qualitativos. Ou seja, dizer quanto dissenso e qual o tipo de dissenso é ideal é uma questão que não pode ser resolvida antecipadamente. Como solução, Sunstein (2005) sugere que para o Direito, a melhor regra é a mais simples: permitir o livre dissenso.

Na prática social, em rigor, não há regra simples que faça sentido, pois é próprio das pressões sociais desencorajar o dissenso, o que, em certo sentido, acaba funcionando como um filtro ou barreira contra o dissenso irrazoável e insensato.

### **2.2.1 O desenho político do dissenso**

As democracias constitucionais, por meio de instituições que protegem a expressão de diferentes modos de vida e distintos pontos de vista asseguram às pessoas o direito de revelar suas preferências, crenças e valores, por mais heterodoxos que sejam. A vida política é então estruturada para que fiquem expostas à diversidade.

Para esse desiderato, as constituições de nações democráticas abrangem um amplo conjunto de liberdades e outros mecanismos que funcionam tanto para

---

<sup>87</sup> Considerando-se que, de um lado, a conformação reduz os custos da tomada de decisões e, de outro, pode aumentar os riscos de erro, é pertinente que se avaliem, em face da alternativa do dissenso, dois aspectos: custo das decisões e custo dos erros. Para Sunstein (2005, p. 91), o ponto fundamental é que, em se tratando de situações nas quais qualquer curso de ação é razoável, as pressões conformistas são inatacáveis simplesmente porque reduzem os custos de uma decisão, sem causar graves erros. Porém, quando das decisões decorrem grandes riscos, e estar correto é fundamentalmente importante, o dissenso deve ser encorajado. Não qualquer dissenso, mas o dissenso do tipo certo (*dissent of the right kind*). Em termos de produção de boas decisões e de contraponto aos riscos das cascatas negativas, a promoção do dissenso é, portanto, um objetivo essencial.

conter o poder do Estado sobre o indivíduo quanto, e especialmente, para mitigar o poder da sociedade sobre o indivíduo. (SUNSTEIN, 2001a).

O objetivo central de um sistema constitucional democrático que pretenda dar espaço à diversidade é construir instituições que favoreçam o dissenso e façam aflorar as ideias submersas. Dessa forma, garante-se que os grandes movimentos sociais – se e quando ocorrerem – não se originem de restrições ilegítimas e arbitrárias sobre o conjunto de argumentos disponíveis.

Com foco na constituição norte-americana, mas com uma análise que pode ser facilmente transportada para outras constituições democráticas, Sunstein (2001a; 2005) mostra o desenho de um arranjo político construído para a criação de uma democracia deliberativa, ou seja, um sistema que combina responsabilidade política com alto grau de reflexão e compromisso geral com o debate público racional (*reason giving*). Explicando melhor: um sistema democrático eficiente procura assegurar não apenas a representatividade dos indivíduos por meio das eleições mas também uma troca de razões na esfera pública.

Como argumenta Sunstein (2005, p. 150): “Em uma democracia deliberativa, o exercício do poder público deve ser justificado por razões legítimas – não meramente em virtude do desejo de um segmento da sociedade, e, decerto, não simplesmente em função da vontade da maioria”<sup>88</sup>.

O autor afirma que a força de um sistema constitucional que pretende oferecer proteção contra extremismos injustificados e garantir diversidade nas decisões públicas<sup>89</sup> repousa menos na ênfase que dá à deliberação e mais no comprometimento e entusiasmo pelo desacordo, sem esquecer o esforço para estruturar e acomodar a heterogeneidade que abriga qualquer sociedade.

Nessa ordem de ideias, o sistema do bicameralismo pode ser defendido com referência ao risco da polarização de grupos, uma vez que a introdução de mais

---

<sup>88</sup> “In a deliberative democracy, the exercise of public power must be justified by legitimate reasons – not merely by the will of some segment of society, and indeed not merely by the will of the majority”.

<sup>89</sup> Sunstein (2005) anota que as instituições da constituição norte-americana denotam um receio evidente do conformismo, dos efeitos cascatas e da polarização. Por tal razão, criam uma série de mecanismos com vistas a impedir a emergência de julgamentos infundados, que geralmente decorrem de tais processos.

informação e argumentos nos debates das casas legislativas é salutar para a tomada das decisões, diz Sunstein (2001a)<sup>90</sup>.

O ponto central que se quer destacar alude ao fato de que a abertura de mais espaço para o debate e a inserção de mais argumentos na discussão servem como eficientes mecanismos de contraposição aos efeitos nocivos das cascatas e da polarização. Como diz Sunstein (2005), as diferentes composições e culturas dos dois corpos deliberativos oferecem garantia significativa contra cascatas negativas.

Nos mesmos termos pode ser compreendido o sistema de freios e contrapesos – “um esforço de proteção contra as consequências potencialmente danosas da discussão de grupo”. (SUNSTEIN, 2001a, p. 43)<sup>91</sup>.

O veto presidencial, por exemplo, é a proteção contra os efeitos em cascata que eventualmente ocorram dentro do órgão legislativo. Por sua vez, o fato de que o presidente depende do Congresso para a edição de leis, inclusive aquelas que são de sua exclusiva iniciativa, é uma forma de proteção contra os efeitos da polarização que pode ocorrer dentro do Executivo.

Da mesma forma, a independência dos órgãos do poder judiciário também funciona como sistema de controle do poder legislativo. A atuação firme dos juízes recusando a aplicação de leis parciais ou injustas que violem direitos subjetivos de uma determinada classe de indivíduos surte um efeito educativo sobre os membros do legislativo, que, desta maneira, estarão mais atentos no momento das discussões e da edição de novas leis.

A proteção constitucional explícita da liberdade de associação, direito que decorre da liberdade de expressão, também assegura espaço para a diversidade e para o dissenso. Se, por um lado, a compreensão do fenômeno da polarização de grupos pode sugerir que a liberdade de associação é capaz de produzir riscos significativos, acima de tudo porque as pessoas que dividem as mesmas opiniões,

---

<sup>90</sup> Não é outro o argumento de Hamilton [s.d.], quando, em 1788, ao referir-se ao poder legislativo, defende a necessidade do embate dos partidos políticos e das diferentes opiniões para a promoção de discussões racionais e para frear os excessos da maioria. “In the legislature [...] the differences of opinion and the jarrings of parties [...] often promote deliberation and circumspection, and serve to check excesses of the majority”. Os excessos da maioria tratados pelo autor podem ser reinterpretados como referência às pressões sociais já discutidas aqui e como indicativo das vantagens oferecidas pela heterogeneidade, que favorece a inclusão de um rol de argumentos mais amplos no debate público.

<sup>91</sup> “[...] an effort to protect against potentially harmful consequences of group discussion.”



quando expostas às leis de interação social, podem se conduzir em direções extremamente radicalizadas<sup>92</sup>, por outro, percebe-se uma grande vantagem neste processo. É que a liberdade de associação favorece a reunião de pessoas que, em virtude das discussões que promovem, aumentam o conjunto de argumentos disponíveis em uma sociedade. Isso porque, em decorrência das deliberações internas que ocorrem em cada um dos inúmeros grupos que compõem a sociedade, a emergência de novas ideias e perspectivas é inevitável<sup>93</sup>.

A liberdade de associação contribui para a contraposição das influências reputacionais e informacionais que levam as pessoas a ocultar conhecimento, preferências e valores. Como explica Sunstein (2005, p. 157): “Por permitir uma ampla diversidade de comunidades, impondo pressões de distintas ordens, a liberdade de associação aumenta a probabilidade de informações importantes serem desveladas e eventualmente difundidas”<sup>94</sup>.

Há, contudo, uma desvantagem quanto à liberdade de associação. Um sistema fragmentado, alerta Sunstein (2005), pode aumentar a probabilidade de desentendimentos e animosidades. Todavia, o ponto essencial da questão é que o debate seja ampliado e que as pessoas sejam expostas às mais diversas opiniões e pontos de vista.

O direito à privacidade também pode ser compreendido como um mecanismo de proteção contra as pressões reputacionais. A inviolabilidade de domicílio permite às pessoas um espaço livre das pressões externas, no qual ocorre ampla manifestação de preferências e crenças. O aspecto negativo é que se as pessoas apenas agem de certo modo no refúgio de seus lares, a ignorância pluralística acaba se perpetuando. As pessoas, por desconhecerem o que seus pares de fato pensam, continuam a corroborar práticas sociais que não ratificam internamente.

---

<sup>92</sup> Esse ponto será explorado no Capítulo 3, momento em que se tratará da deliberação pública e seus problemas. Trata-se da questão da deliberação fechada e dos efeitos nocivos e benéficos que pode produzir.

<sup>93</sup> É provável que uma nação composta por ambientalistas, fundamentalistas religiosos, ativistas em defesa dos direitos dos animais, entre outros, tenha muitos benefícios, como resultado de todo o processo de oposição e debate, pontua Sunstein (2005).

<sup>94</sup> “By allowing a wide diversity of communities, imposing pressures of quite different kinds, freedom of association increases the likelihood that important information will be disclosed and eventually spread.”

Sem esgotar a análise, visto não ter sido esse o objetivo com que se fez referência a alguns dos mecanismos constitucionais forjados em função da promoção do dissenso no debate público, impende traçar algumas linhas sobre o princípio da liberdade de expressão.

Com efeito, entre as garantias oferecidas pelos sistemas democráticos contra as pressões sociais – conformismo, cascatas e polarização – a liberdade de expressão é uma das mais essenciais. Por meio dessa liberdade, aponta Sunstein (2005), abrem-se espaços para o dissenso, proíbe-se que o governo atue em favor da conformação e se impede que os indivíduos fiquem afastados de opiniões indesejadas.

Dada a relevância de um sistema de liberdades de expressão em uma democracia, bem como a necessidade de compreensão da sua essência no Direito moderno, o princípio da liberdade de expressão será tratado, de forma isolada, na seção seguinte.

#### 2.2.1.1 Liberdade de expressão e dissenso

Um sistema de liberdade de expressão é um eficiente mecanismo de contingenciamento do processo de conformação, ao mesmo tempo, é capaz de conferir inúmeros benefícios a pessoas que sequer valorizam o exercício deste direito<sup>95</sup>.

Conhecendo-se os riscos engendrados pelo conformismo, pelas cascatas e pela polarização, é fácil perceber, de plano, que a proibição contra a livre manifestação das opiniões e modos de vida contrários à ortodoxia oficial protege interesses públicos e não apenas privados.

Esse é o argumento central de Sunstein (2001a; 2005) acerca do princípio da liberdade de expressão. Por força de tal princípio o governo fica impedido de

---

<sup>95</sup> A declaração contundente de Joseph Raz (2001, p. 54) enfatizando o valor da liberdade de expressão, desvela com clareza a sua função social, merecendo ser aqui transcrita: "If I were to choose between living in a society which enjoys freedom of expression, but not having the right myself, or enjoying the right in a society which does not have it, I would have no hesitation in judging that my own personal interest is better served by the first option".

punir aquelas pessoas que se contrapõem publicamente às opiniões prevalecentes. Nessa medida, cria proteção indispensável contra erros e patologias que decorrem da ação das influências sociais sobre o comportamento e as crenças dos indivíduos.

De fato, a proteção dos dissidentes objetiva não apenas proteger os indivíduos que declaradamente se opõem às práticas políticas oficiais, mas especialmente proteger as inúmeras pessoas que se beneficiam com o dissenso manifestado.

A compreensão comum acerca desse princípio, de acordo com Sunstein (2005), determina que o governo seja impedido de censurar manifestações de opinião ou qualquer tipo de expressão que porventura desaprove<sup>96</sup>.

Portanto, em face de uma situação concreta de restrição da liberdade de manifestação de alguma pessoa, a questão constitucional subjacente consiste em identificar se o governo possui uma razão suficientemente forte que legitime sua ação censora. Como assevera Sunstein (2005, p. 97-98), incumbe ao governo o ônus de demonstrar a existência de tal razão. Na mesma linha, aduz:

Em uma sociedade livre o governo não pode defender restrições apontando para o risco de que o discurso manifestado se mostrará perigoso ou prejudicial. Mesmo um risco significativo é insuficiente para justificar a censura. Os dissidentes têm o direito de criticar a política oficial tanto na guerra quanto na paz. Nem é bastante que o governo diga que o discurso irá persuadir as pessoas a rejeitarem crenças tradicionais – ou até mesmo aceitar falsas crenças. As autoridades não podem regular o discurso sob o fundamento de que as pessoas serão convencidas por ele. Se o governo pretende restringir o discurso que teme, deve demonstrar que provavelmente irá causar ou que pretende causar alguma ação ilegal iminente.<sup>97</sup>

---

<sup>96</sup> Importante registrar que, nos Estados Unidos da América, a compreensão do princípio da liberdade de expressão confere ao discurso e outras manifestações uma proteção mais ampla e abrangente do que aquela que lhe confere a cultura jurídica nacional. A Suprema Corte dos Estados Unidos acolhe a doutrina do *clear and present danger*. De acordo com essa doutrina, o direito de manifestar um ponto de vista somente pode ser restringido em face de evidências de que da manifestação decorrerá um dano em um futuro relativamente próximo. O governo não pode censurar o discurso com fundamento em especulações sobre consequências possíveis em um futuro remoto, mas deve demonstrar um perigo real e iminente. (FALLON, 2006). Em contrapartida, no Brasil, há diversas restrições ao princípio, a exemplo da proibição de manifestações consideradas racistas, conforme dispõem os incisos XLI e XLII, do art. 5º, da Constituição da República.

<sup>97</sup> “In a free society, government cannot defend restrictions by pointing to the risk that the speech will prove dangerous or harmful. Even a significant risk is insufficient to justify censorship. Dissenters are permitted to criticize official policy in both war and peace. Nor is it enough for government to say that the speech is likely to persuade people to reject received beliefs – or even to accept false beliefs. Officials cannot regulate speech on the ground that people will be convinced by it. If government is

De plano, percebe-se que esse é um ônus bastante pesado para o Estado e que, por conta desse padrão altamente protetivo, o discurso e qualquer outra forma de manifestação de opinião são postos a salvo da ingerência e do controle governamentais<sup>98</sup>. Em essência, afirma Sunstein (2005, p. 99), no Direito moderno, a liberdade de expressão envolve “uma proibição de discriminação por parte governo contra qualquer ponto de vista”<sup>99</sup>.

As restrições impostas à liberdade de expressão podem ser de três tipos: i) de conteúdo neutro; ii) baseada no conteúdo; e, iii) baseada na opinião veiculada. As restrições de conteúdo neutro, pode-se dizer, são limites impostos independentemente do conteúdo do discurso. A norma restritiva se aplica, portanto, de modo equânime, sem considerar a mensagem transmitida. Um exemplo desse tipo de limitação à liberdade de expressão seria uma lei que proibisse, em determinado local, em uma área hospitalar, por exemplo, a utilização de aparelhagem de som ou qualquer outro instrumento de emissão de ruídos. Já as restrições baseadas no conteúdo da mensagem divulgada requerem, para aplicação ou não da lei, a identificação do conteúdo do discurso que se pretende regular. Exemplo desse tipo de regulação seria a lei que proibisse a fixação de anúncios de cunho político nas escolas públicas. É de se pontuar que, apesar de regular o conteúdo do discurso, a restrição é neutra quanto à opinião expressada, isto no sentido de que a aplicação da lei independe do ponto de vista que se está defendendo. Quanto às restrições baseadas na opinião do declarante, o controle normativo legal se dá, fundamentalmente, com base na opinião expressada. Tome-se, para ilustrar, o exemplo oferecido por Sunstein (2005) de uma lei que estabelecesse ser proibido criticar as políticas antiterroristas do governo. Isso quer

---

going to restrict speech that it fears, it must show that the speech is likely to cause, and is intended to cause imminent lawless action.”

<sup>98</sup> Em 1943, a Suprema Corte dos Estados Unidos, no julgamento do caso *West Virginia State Board of Education vs Barnette*, sustentou que o direito à liberdade de expressão protegia alunos, no caso, Testemunhas de Jeová, de serem forçados a saudar e prestar juramento à bandeira americana. Acerca do princípio, a Corte assim se pronunciou: “If there is any fixed star in our constitutional constellation, it is that no official, high or petty, can prescribe what shall be orthodox in politics, nationalism, religion, or other matters of opinion or force citizens to confess by word or at their faith therein. If there are any circumstances which permit an exception, they do not now occur to us”. Cf. *West Virginia State Board of Education vs Barnette*, 319 US 624 (1943). Disponível em: <[http://www.law.cornell.edu/supct/cases/name.htm#Case\\_Name-W-Z](http://www.law.cornell.edu/supct/cases/name.htm#Case_Name-W-Z)>. Acesso em: 08 abr. 2009.

<sup>99</sup> “[...] a prohibition on government discrimination against any point of view.”

dizer que aqueles que aprovam as políticas adotadas podem se expressar livremente, sendo proibidos de manifestação somente os dissidentes.

O direito norte-americano distingue categoricamente esses três tipos de restrição. Os tribunais tratam de forma mais condescendente as restrições de conteúdo neutro. Tais restrições são submetidas a um teste de equilíbrio, no qual o governo deve provar que seus interesses são relevantes e superam os interesses de garantia da liberdade de expressão. As restrições baseadas no conteúdo ao contrário, são fortemente combatidas. As cortes suspeitam que tais restrições se fundam em um motivo intolerável – qual seja, frear o discurso que o governo desaprova. Ainda assim, os tribunais se mostram abertos a ouvir os argumentos do governo de que a restrição serve a interesses legítimos e que não causa demasiada interferência no sistema de livre expressão. Em contraste, as restrições baseadas no conteúdo da opinião manifestada são sempre consideradas inválidas. O governo não tem permissão para traçar linhas de distinção entre pontos de vista admissíveis e não admissíveis.

Dessa análise resulta que o ponto fundamental da doutrina da liberdade de expressão norte-americana é que o princípio da livre expressão proíbe que o governo estabeleça tratamento diferenciado entre os pontos de vista considerados favoráveis e aqueles considerados desfavoráveis. Esse aspecto se relaciona de perto com a preocupação básica de Sunstein (2005, p. 101):

[...] se as sociedades se beneficiam com a revelação das opiniões e com o dissenso e se as pressões informacionais e reputacionais conduzem as pessoas ao silêncio, então tem-se boas razões para assegurar que a força do Direito nunca será usada para restringir pontos de vista impopulares. A função central da liberdade de expressão é proibir uma tal forma de censura.<sup>100</sup>

Repise-se, contudo, que o só fato de não se permitir a censura legal sobre a livre expressão de opiniões, preferências e valores não é suficiente para que se garanta o dissenso. É possível que as pessoas silenciem mesmo que o Direito lhes permita falar livremente, simplesmente em função do efeito asfixiante das

---

<sup>100</sup> “If societies benefit from disclosure and dissent, and if informational and reputational pressures lead people to silence themselves, then we have good reason to ensure that the force of law is never used to restrict unpopular points of view.”

pressões sociais. Mas, ao menos, o direito à liberdade de expressão impede que o governo transforme essas pressões em lei.

O fato irrefutável de que um sistema legal comprometido com a liberdade de expressão – ainda que represente uma extraordinária conquista – não é suficiente para fazer frente às pressões sociais em favor do silêncio e da conformação, implica reconhecer que uma democracia precisa fomentar, por meio de suas estruturas constitucionais, uma cultura da liberdade e do dissenso. Não é outra a conclusão a que chega Sunstein (2005, p. 110) quando faz a seguinte afirmação:

Uma democracia em bom funcionamento possui uma *cultura* da liberdade de expressão, não simplesmente proteção legal para a liberdade de expressão. Ela encoraja independência de pensamento. Ela promove um desejo de desafiar opiniões prevalecentes, tanto por meio de palavras como de atos. Igualmente importante, ela encoraja um certo conjunto de atitudes por parte dos que ouvem, uma atitude respeitosa para com aqueles que não compartilham do senso comum. Em uma cultura da liberdade de expressão, a atitude daqueles que ouvem não é menos importante do que a atitude daqueles que falam<sup>101</sup>.

Pois bem. Aqui se encerra a primeira parte deste estudo, que teve como foco a análise das influências de grupo e seu impacto sobre as manifestações dos indivíduos, com destaque para o valor do dissenso nas sociedades. Ao mesmo tempo, pretendeu-se demonstrar como essas influências se refletem nos problemas políticos e legais e de que forma podem ser gerenciadas.

Para dar continuidade, o capítulo seguinte tratará da deliberação pública e seus problemas, bem como da função relevante que desempenham os acordos parcialmente teorizados para a abordagem minimalista do Direito e para o fortalecimento do sistema democrático.

---

<sup>101</sup> “A well-functioning democracy has a *culture* of free speech, not simply legal protection of free speech. It encourages independence of mind. It imparts a willingness to challenge prevailing opinion through both words and deeds. Equally important, it encourages a certain set of attitudes in listeners, one that gives a respectful hearing to those who do not embrace the conventional wisdom. In a culture of free speech, the attitude of listeners is no less important than that of speakers [grifo do autor]”.

### 3 DEMOCRACIA DELIBERATIVA E CONSTITUIÇÃO

A democracia deliberativa<sup>102</sup> representa um projeto de revitalização da democracia e se manifesta no debate público baseado em argumentação racional, possibilitando, assim, a efetiva participação de cidadãos conscientes das escolhas políticas fundamentais e das questões morais presentes nas sociedades.

A legitimidade das decisões políticas, no âmbito de uma democracia deliberativa, está diretamente vinculada ao grau de participação da esfera pública na tomada dessas decisões e à qualidade do discurso público, dando nova conformação à premissa fundamental de Sieyès (2001) de que se pode unicamente considerar como lei aquilo que o povo decidiu por si próprio<sup>103</sup>.

Para Sunstein (2001a), a leitura adequada da constituição deve ser norteadada pelo objetivo de promoção da deliberação, justificada como recurso ao princípio da democracia, o que implica reconhecer que a função primordial de uma constituição que se quer democrática e deliberativa é a criação de pré-condições para o bom funcionamento dos processos democráticos, por meio dos quais os cidadãos são genuinamente capazes de se autogovernar<sup>104</sup>.

O ideal de autogoverno é, entretanto, limitado pela própria democracia e sua moralidade interna, que exige a proteção constitucional de muitos direitos individuais, como o direito de liberdade de expressão e o direito à igualdade política, entre outros. A democracia não se opõe aos direitos. Ao contrário, protege-os, restringindo o que as maiorias podem fazer aos indivíduos ou grupos de menor expressão e força.

---

<sup>102</sup> Em sentido amplo, o conceito de democracia deliberativa se refere à ideia de que o processo legislativo legítimo brota da deliberação pública dos cidadãos e evoca ideais de participação racional, política participativa e autogoverno. (BOHMAN; REGH, 1997)

<sup>103</sup> Essa exigência já nasce enfraquecida pela democracia representativa, quer dizer, pela existência de representantes escolhidos pelo povo. Conferir, a esse respeito, MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade:** o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. [s.l.]:[s.n.], p. 183-202, novembro 2000.

<sup>104</sup> Para Sunstein (2001a), o autogoverno é um bem em si; um importante aspecto da liberdade que torna mais provável a possibilidade de que os cidadãos de uma nação terão uma boa vida.

Essa compreensão democrática do papel da constituição e de suas estruturas é imprescindível para que se possa superar o paradoxo democrático e permitir a reconciliação entre constitucionalismo, democracia e direitos. (SUNSTEIN, 2001a).

Por estar alicerçada sobre a reflexão e a argumentação, o vigor dado à democracia deliberativa vem, inevitavelmente, acompanhada de uma ênfase sobre o discurso público e suas pré-condições, que abrangem igualdade política, ausência de comportamento estratégico, plena informação e objetivo de se alcançar um entendimento.

O discurso racional, portanto, deve ser público e inclusivo, de modo que assegure direitos iguais de comunicação aos participantes, exigindo sinceridade e dissipando qualquer força, exceto a força não coercitiva do melhor argumento. (HABERMAS, 2003). Tal estrutura comunicativa atende a uma situação ideal de discurso (HABERMAS, 1998) e é capaz de criar um espaço deliberativo que favorece as melhores contribuições disponíveis para as questões relevantes.

É importante que se tenha clareza de que a validade de uma decisão oriunda do processo de discussão pública está relacionada com o cumprimento das condições de comunicação em uma situação ideal de discurso<sup>105</sup>. Isso quer dizer que a deliberação não envolve simplesmente a troca de palavras e opiniões, mas impõe seus próprios requisitos, ou melhor, possui uma moralidade interna, que ao ser observada pode superar muitos dos efeitos danosos que também compõem esse processo<sup>106</sup>.

Não é raro, entretanto, que essa moralidade seja violada no debate público, posto que, nas deliberações concretas, o comportamento é usualmente

---

<sup>105</sup> As condições de comunicação do discurso público em Habermas (2003) podem ser assim enunciadas: a) todos os membros da sociedade devem ter asseguradas as mesmas chances de ingressar e participar da discussão pública; b) a cada membro da comunidade deve ser assegurada a chance de oferecer seus argumentos favoráveis ou contrários a qualquer tema inserido na discussão; e, c) a comunicação não pode estar sujeita a nenhum tipo de coerção, de modo que o consenso a respeito de cada tema deve derivar exclusivamente da força dos melhores argumentos trazidos para respaldar as respectivas pretensões de validade.

<sup>106</sup> A deliberação pública vem acompanhada de inúmeros problemas, entre os quais se pode destacar a forte influência dos efeitos das pressões sociais que podem conduzir a escolhas equivocadas e não justificáveis. As pressões sociais são estudadas no capítulo 1 dessa dissertação, para o qual se remete o leitor.



estratégico<sup>107</sup>, as pessoas carecem de informação e a igualdade nem sempre está presente (SUNSTEIN, 2001a), resultando em um comprometimento do processo deliberativo e, em decorrência, das decisões que são tomadas.

Sendo assim, a plena realização dos ideais da democracia deliberativa depende de estruturas constitucionais que não apenas garantam o debate público, mas que, acima de tudo, o promovam, de forma a facilitar a sobreposição do “agir comunicativo” sobre o “agir estratégico”<sup>108</sup>, garantindo-se a idoneidade do discurso, por meio da “obtenção e da incorporação nas decisões públicas das informações que se encontram dispersas”. (SUNSTEIN, 2008, p. 50)<sup>109</sup>.

A constituição democrática, assim focada, favorece as estruturas que proporcionam liberdade na formação das preferências e não implementa simplesmente quaisquer preferências que as pessoas possam ter.

Além disso, e justamente por estar alicerçada sobre a reflexão e a argumentação, a construção de uma democracia deliberativa requer que as pessoas estejam expostas a muitas ideias, inclusive aquelas por elas rejeitadas, sem ignorar os problemas relacionados ao debate blindado, travado entre pessoas que partilham os mesmos pontos de vista, o que remete ao estudo da deliberação pública, com ênfase nas suas consequências, seus problemas e seu modo de funcionamento.

### 3.1 PROBLEMAS DA DELIBERAÇÃO PÚBLICA

Pela natureza e caráter de um sistema democrático deliberativo, parece claro que os valores fundamentais de uma sociedade devam ser desenvolvidos e

---

<sup>107</sup> Simon (1999) entende que a má-fé dos participantes é uma das limitações da democracia deliberativa e defende que o comportamento estratégico não pode ser destacado do debate público. Ao contrário, afirma a importância da escolha das ocasiões em que se vai deliberar. Acredita, por exemplo, que quando o oponente assume uma posição de má-fé, por comportar-se conscientemente de forma desonesta ou por não estar aberto à reflexão, a deliberação é um erro.

<sup>108</sup> Habermas (2003) distingue o “agir comunicativo”, aquele em que o indivíduo atua orientado para a obtenção do consenso, do “agir estratégico”, aquele no qual o indivíduo atua orientado para obtenção do êxito pessoal. Na ação orientada ao êxito, ou ação estratégica, os atores avaliam os fatos à luz de suas preferências individuais; na ação orientada ao entendimento, ou ação performativa, os fatos são interpretados à luz de pretensões de validade intersubjetivamente reconhecidas.

<sup>109</sup> “[...] widely dispersed information is obtained and incorporated into public decisions”.

fixados em fórum público. Por isso a ênfase na amplificação do debate, como espaço suficiente e adequado para que todas as vozes sejam ouvidas (SUNSTEIN, 2001a).

Em coerência com tal parâmetro, em diversos momentos ao longo do primeiro capítulo, deu-se destaque para os benefícios advindos do debate público. Todavia, não se pode olvidar que a tensão das pressões sociais poderá comprometer a força construtiva do debate e produzir fenômenos como o da polarização de grupos, levando à radicalização de pontos de vista nem sempre favoráveis, assim como afetar, de alguma forma, a situação ideal de discurso. Nesse quadro, impõe-se como fundamental uma análise mais detida do processo deliberativo democrático.

Uma visão ordinária da deliberação é que ela conduz invariavelmente a melhores julgamentos, somente pelo fato de que diferentes pontos de vista serão compartilhados.

Em Aristóteles (2009) se encontra a notícia das vantagens da discussão<sup>110</sup>, com destaque para o fato de que as pessoas, ao se reunirem em grupos deliberativos, superam cada um dos indivíduos. É que, isoladamente, só se pode ver uma parte do todo, ao passo que a coletividade é capaz de enxergar o todo mais nitidamente<sup>111</sup>. As vantagens da discussão são reconhecidas e traduzidas pelo ditado popular: “duas cabeças pensam melhor do que uma”.

---

<sup>110</sup> “Porque é possível que os homens que formam uma multidão, embora não seja cada um deles um homem superior, prevaleçam, quando reunidos sobre os homens mais eminentes, não como indivíduos, mas como massa [...]. Em uma multidão, cada indivíduo tem a sua parte de prudência e de virtude. Da reunião desses indivíduos faz-se, por assim dizer, um só homem que possui uma infinidade de pés, mãos e sentidos. O mesmo acontece em relação aos costumes e à inteligência. Aí está a razão de a multidão julgar melhor as obras dos músicos e dos poetas; porque um aprecia uma parte, outro outra, e todos reunidos apreciam o conjunto.” (ARISTÓTELES, 2009, p. 98).

<sup>111</sup> Não é outra a percepção de Rawls (2000) acerca da discussão pública. Para este autor, a deliberação é um mecanismo eficiente de controle das distorções pois conduz as pessoas a escolhas mais racionais, já que as decisões tomadas se fundam em perspectivas mais amplas. Nesse sentido, afirma que: “[...] uma discussão conduzida idealmente entre muitas pessoas tem mais probabilidade de chegar a uma conclusão correta do que têm as deliberações isoladas de qualquer uma delas. [...] No dia a dia, a troca de opiniões com os outros controla a nossa parcialidade e amplia a nossa perspectiva; somos levados a ver as coisas do ponto de vista dos outros e as limitações de nossa visão nos são claramente reveladas. [...] Os benefícios da discussão residem no fato de que até os legisladores representativos são limitados em seu conhecimento e capacidade de raciocínio. Nenhum deles sabe tudo o que os outros sabem, ou podem tirar todas as mesmas conclusões que eles podem tirar em conjunto. A discussão é um modo de combinar as informações e ampliar o alcance dos argumentos. (RAWLS, 2000, p. 397-398).

De fato, alguns dos benefícios da deliberação podem ser identificados (SUNSTEIN, 2008): a) os grupos tendem a equiparar o seu desempenho com o de seus membros mais informados<sup>112</sup>; b) a deliberação pode permitir o trânsito de mais informações e perspectivas, levando o grupo a melhores decisões<sup>113</sup>; c) é possível que a deliberação produza um processo de aprendizado entre os membros do grupo e que a troca de opiniões conduza este mesmo grupo a uma solução mais criativa, que nenhum dos membros individualmente seria capaz de produzir.

Todavia, sob determinadas circunstâncias, nem sempre é verdade que os grupos alcançarão melhores resultados em suas decisões. O processo de deliberação não é imune aos efeitos produzidos pelas influências informacionais e reputacionais. Por força de tais influências, os participantes de uma discussão podem ser levados a não revelar seus argumentos, ou por receio de estarem errados ou por temerem ser mal vistos pelo grupo.

Essas influências, diz Sunstein (2008), atuam mais fortemente sobre os participantes menos favorecidos socialmente, como, por exemplo, membros das camadas sociais mais baixas, aqueles com menos educação formal, às vezes, as mulheres. Essas pessoas se manifestam menos e têm pouca força em meio aos grupos deliberativos. Consequentemente, há uma perda de informações por parte do grupo, o que leva a um desempenho inferior ao que poderia ser alcançado se o rol de argumentos disponíveis tivesse sido ampliado.

Há outro aspecto relacionado. Ao mesmo tempo em que a discussão e o debate podem eliminar alguns desacordos, especialmente aqueles que resultam de preconceitos ou superstições, é provável que também gerem desacordos<sup>114</sup>. Por

---

<sup>112</sup> O processo de deliberação não se confunde com a mera aceitação da opinião de *experts*. Porém, por meio do processo deliberativo, erros individuais de julgamento podem ser corrigidos, de um modo que permita a convergência do grupo em favor da opinião do membro ou dos membros que possuem o conhecimento mais exato sobre a questão em pauta. Como diz Sunstein (2008, p. 54): "But genuine deliberation and reason giving might correct individual errors, rather than propagating them, in a way that allows convergence on the judgment of the most accurate group member".

<sup>113</sup> Essa é uma leitura que se pode fazer da compreensão de Aristóteles acerca da deliberação, de que o grupo produzirá resultados melhores do que poderia produzir seu melhor membro.

<sup>114</sup> Se a discussão se estabelece de forma igualitária, é de se esperar que os setores previamente negligenciados da sociedade se posicionarão e farão emergir seus próprios pontos de vista, valores e interesses, dificultando, ainda mais o atingimento do consenso. Conforme Christiano (1997), os diferentes pontos de vista não podem ser eliminados quando há, no debate, participantes com históricos sociais e econômicos e experiências de vida diferentes e, ainda, quando as evidências são dificilmente comprovadas. Para uma abordagem mais aprofundada acerca da relevância da deliberação pública, confira-se CHRISTIANO, Thomas. The significance of public deliberation.

vezes, e não raramente, em virtude da própria discussão, as ideias de um grupo se radicalizam, dando causa a diversas formas de extremismo.

A presença marcante das pressões sociais e do fenômeno da polarização nos partidos políticos, nos júris, nos grupos religiosos, nas câmaras de tribunais, nas legislaturas, nas associações de bairro, enfim, nos diversos grupos de deliberação que compõem uma sociedade deixa clara a relação que há entre democracia e polarização<sup>115</sup> e sublinha a necessidade de atendimento das condições de realização de um debate consentâneo com os ideais democráticos.

Por um lado, é certo que a deliberação se justifica por diversas formas. Talvez, anota Sunstein (2001a), porque, de fato, exista uma resposta correta e verdadeira sobre o problema em questão, que poderá ser encontrada por meio de deliberação; ou talvez porque as decisões tomadas em grupo, baseadas na troca de argumentos, sejam melhores do que as decisões individuais. Ainda que se duvide da primeira hipótese, a defesa do debate público pode se estribar no fato de que democraticamente o processo de deliberação é o único meio justo e razoável de obter decisões que serão impostas a todo o grupo; ou, ainda, a deliberação pode ser vista como um meio de atingir compreensões partilhadas e garantir uma forma de respeito mútuo<sup>116</sup>. Por outro lado, também é certo que o fenômeno da polarização, aliado ao fenômeno das cascatas sociais, suscita dúvidas consistentes acerca da visão simplista de que a deliberação é inequivocamente um bem e sempre o melhor caminho para a produção das melhores respostas.

Retomando-se as categorias estudadas no primeiro capítulo, percebe-se que nem sempre as escolhas do grupo refletem com nitidez as preferências individuais de seus membros, significando que a deliberação é efetivamente um

---

*Deliberative Democracy, Essays on Reason and Politics*. Edited by James Bohman and William Rehg. Cambridge: The MIT Press, 1997.

<sup>115</sup> Como se verá no capítulo 4, a evidência de comprometimento do discurso público é uma das situações que justificam uma interferência mais agressiva do judiciário no âmbito político.

<sup>116</sup> De acordo com Rawls (2000), o respeito mútuo é um dever natural que se aplica aos indivíduos de qualquer sociedade e do qual decorrem inúmeros benefícios para todos os seus membros. Trata-se do dever de manifestar a uma pessoa o respeito que lhe é devido como ser moral, que possui um senso de justiça e uma concepção de bem. Segundo o autor, o respeito mútuo pode ser demonstrado de várias maneiras: pela disposição de ver a situação dos outros do seu ponto de vista, a partir da perspectiva de suas respectivas concepções do próprio bem; e pelo fato de que as pessoas devem estar preparadas para explicar as razões dos seus atos, sempre que os interesses dos outros são afetados de alguma maneira.

processo ambíguo e que pode não encontrar a verdade. É o que se infere das palavras de Sunstein (2001a, p. 42):

Se o efeito da deliberação é levar as pessoas a pontos mais extremos de suas tendências iniciais, por que deve ser celebrada? [...] Se as pessoas mudam seu posicionamento para manterem sua reputação e sua autoimagem, em grupos que podem ou não ser representativos do público como um todo, há alguma razão para se acreditar que a deliberação torna as coisas melhores do que piores? Se os movimentos ocorrem como resultado de um rol de argumentos parciais e frequentemente distorcidos, o produto dos julgamentos deliberativos pode ser muito pior do que a média dos julgamentos pré-deliberativos.<sup>117</sup>

De fato, erros incontáveis e fragmentação social são produtos da deliberação promovida por pessoas que partilham as mesmas ideias e concepções, especialmente quando não são expostas a pontos de vista divergentes. Portanto, em termos de desenho institucional e até mesmo constitucional, a melhor resposta é assegurar que os membros dos grupos de deliberação em uma sociedade não permaneçam isolados dos pontos de vista contrários aos seus. Trata-se de garantir que a deliberação ocorra dentro de uma esfera pública heterogênea e ampla, na qual os membros dos diferentes grupos sejam expostos aos mais variados pontos de vista, como forma de alcançarem decisões legítimas e mais acertadas.

O objetivo central das estruturas constitucionais democráticas não se limita apenas à promoção do debate público, amplo e contínuo, mas se estende em especial ao manejo dos problemas que emergem da diversidade, com vistas à redução dos riscos produzidos pelos fenômenos decorrentes do processo de conformação, destacadamente, as cascatas sociais e a polarização dos grupos.

A questão, entretanto, não se resolve assim tão facilmente. Há outro problema não menos complexo envolvido nessa resposta, que consiste justamente no fato de que “certa medida de isolamento será, em alguns casos, crucial para o

---

<sup>117</sup> “If the effect of deliberation is to move people toward a more extreme point in the direction of their original tendency, why is it anything to celebrate? [...] If people are shifting their position in order to maintain their reputation and self-conception, within groups that may or may not be representative of the public as a whole, is there any reason to think deliberation is making things better than worse? If shifts are occurring as a result of partial and frequently skewed argument pools, the product of deliberative judgments may be far worse than the product of simply taking the median of predeliberation judgments.”

desenvolvimento de ideias e abordagens que de outro modo não emergiriam e que merecem ser ouvidas pela sociedade”<sup>118</sup>. (SUNSTEIN, 2001a, p. 40).

O fato é que, como já se mencionou, as pessoas que integram os grupos menos favorecidos socialmente tendem a se intimidar e, por esta razão, silenciar na presença de pessoas vistas como mais favorecidas ou poderosas no meio social. Essas pessoas, participantes dos grupos menos expoentes, expressam suas preferências com mais facilidade e segurança em debates isolados, dos quais participam apenas outros indivíduos que compartilham as mesmas ideias.

A solução seria, então, que as instituições democráticas oportunizassem o que Sunstein (2001a; 2005) denomina de deliberação blindada (*enclave deliberation*), permitindo que ela ocorra de forma isolada, apenas entre os membros de um mesmo grupo. Essa solução, em princípio, contraria o argumento anteriormente sustentado de que o confronto de ideias torna a deliberação mais profícua. Paradoxalmente, uma esfera pública mais heterogênea reduz a probabilidade de extremismos e radicalizações, porém, ao mesmo tempo pode produzir uma uniformidade sufocante em virtude da supressão das vozes daqueles que não ousam declarar seus pontos de vista, opostos que são às posições hegemônicas.

Sob essa diretriz parte-se, a seguir, para a análise dos benefícios da deliberação blindada e dos vícios da heterogeneidade.

### 3.2 DELIBERAÇÃO BLINDADA

A deliberação blindada ocorre entre pessoas que compartilham os mesmos ideais e valores, mas estão isoladas de outras que não comungam as mesmas opiniões.

Uma vantagem singular da deliberação blindada é que ela promove o desenvolvimento de posições que, de outro modo, seriam silenciadas e suprimidas

---

<sup>118</sup> “A certain measure of isolation will, in some cases, be crucial to the development of ideas and approaches that would not otherwise emerge and that deserve a social hearing”.

do debate geral. Visto sob esse enfoque, é forçoso concluir que a heterogeneidade apresenta, ao lado de todas as suas virtudes, também vícios.

O fato é que, nos corpos de deliberação pública, os posicionamentos defendidos pelos participantes com mais força e expressão social exercem maior influência sobre os demais membros do grupo. Isso ocorre, em parte por conta das pressões sociais, pois os indivíduos de menor expressão se sentem menos seguros de suas convicções e receiam se expor<sup>119</sup>.

Da mesma forma, sob circunstâncias comuns, as minorias culturais possuem uma influência desproporcionalmente menor com relação à influência exercida pelas majorias, nas decisões tomadas por grupos culturalmente mistos.

Sendo correto que indivíduos de maior posição social tendem a dominar o debate em grupos heterogêneos, restringindo e silenciando indivíduos de menor posição, então se torna indispensável, para o fortalecimento da democracia, a criação de espaços<sup>120</sup> nos quais membros de grupos minoritários e politicamente menos influentes possam discutir as questões do seu interesse.

Como afirma Sunstein (2005, p. 159), sob esse foco, uma vantagem especial da deliberação blindada “é que ela promove o desenvolvimento de posições que, de outra forma, permaneceriam invisíveis ou seriam asfixiadas no debate geral”<sup>121</sup>.

---

<sup>119</sup> Reforçando esse argumento, Sunstein (2005) relata o seguinte episódio. Ao ministrar uma aula sobre igualdade dos sexos e feminismo, em Pequim, para um grupo de aproximadamente quarenta pessoas, entre homens e mulheres, todos com educação avançada, percebeu que durante a sessão, de mais ou menos duas horas, somente os homens se manifestaram. Todos que falaram mostraram-se hostis ao feminismo. Nenhuma das mulheres disse uma só palavra. Após a aula, Sunstein perguntou a algumas das mulheres porque haviam permanecido em silêncio. Uma delas respondeu que, na China, as mulheres são ensinadas que não é bonito manifestarem-se em público. Em discussões privadas, somente entre as mulheres, verificou-se que elas possuíam fortes convicções feministas e que acreditavam que a China não promovia a igualdade entre os sexos. Essas posições eram manifestadas em grupos pequenos, mas não em grandes grupos, especialmente quando os homens estavam presentes. Para Sunstein (2005), essa não é uma história que diz respeito somente à China. Em diversos outros países, inclusive Estados Unidos, Canadá e na Europa, as pressões sociais podem fazer com que as mulheres fiquem relutantes em se manifestar.

<sup>120</sup> Um dos espaços para a deliberação blindada é a internet, já que facilita a criação de nichos e de comunidades separadas, nas quais as pessoas são capazes de filtrar as informações que desejam ouvir, favorecendo sobremaneira a polarização política. Em que pese todas as vantagens oferecidas pela tecnologia da internet, Sunstein (2007a) alerta para a ameaça que pode representar para as democracias.

<sup>121</sup> “[...]is that it promotes the development of positions that would otherwise be invisible or squelched in general debate”.

Os espaços para a deliberação blindada são fundamentais para a própria democracia porque contribuem para que o conjunto de argumentos disponíveis para toda a comunidade seja enriquecido e para que o conhecimento da sociedade seja ampliado.

Mesmo que haja polarização de grupos e talvez justamente porque ela ocorra é que se pode extrair das deliberações blindadas vários benefícios. Uma vez que as convicções dos membros desses grupos menores se fortalecem, eles se tornam mais seguros para falar em frente ao grupo maior, e o fazem, muito frequentemente, com um grau maior de clareza e de confiança (SUNSTEIN, 2005).

Esse tipo de isolamento, por outro lado, é fonte de inúmeros problemas. Em casos extremos, pode pôr em risco a própria estabilidade social<sup>122</sup>. O maior desses problemas é que não se pode afirmar, em abstrato, que as pessoas que interagem em deliberações blindadas, com o risco inevitável de polarização e extremismo, irão se mover em uma direção que é mais desejável para a sociedade e seus membros.

O quadro é complexo e não há solução simples para os perigos da deliberação blindada. (SUNSTEIN, 2001a; 2005). De fato, algumas vezes as ameaças à estabilidade social são desejáveis, como, por exemplo, quando servem para desequilibrar situações de injustiça<sup>123</sup>.

Percebe-se, assim, a dificuldade em se estabelecer qualquer julgamento sobre a deliberação blindada sem que se tenha conhecimento da substância que a compõe, quer dizer, sem saber o que divide o grupo que se blinda do restante da sociedade.

---

<sup>122</sup> O desequilíbrio da estabilidade social pode ocorrer tanto para o bem quanto para o mal. Não se pode determinar se se trata de algo positivo ou negativo em abstrato. Muitos movimentos históricos que romperam a estabilidade de diversas sociedades conduziram, de certa forma, a humanidade em direções mais acertadas.

<sup>123</sup> Esse ponto é enfatizado por Thomas Jefferson, que, ao escrever para James Madison, em 1787, faz ver que a turbulência social, sob algumas circunstâncias, pode ser um elemento produtivo, pois “[...] prevents the degeneracy of government, and nourishes a general attention to the public affairs”. Jefferson defende que “[...] a little rebellion now and then is a good thing” e tão necessária no mundo político quanto o são as tempestades no mundo físico, já que mesmo as rebeliões mal sucedidas, geralmente, estabelecem avanços em termos de direitos das pessoas. Cf. Letter to James Madison. Jan. 30, 1787. Disponível em: <<http://etext.virginia.edu/etcbin/toccer-new2?id=JefLett.sgm&images=images/modeng&data=/texts/english/modeng/parsed&tag=public&part=53&division=div1>>. Acesso em: 12 abr. 2008.



Com efeito, só o fato de as pessoas terminarem uma discussão mais fortemente comprometidas com o seu posicionamento inicial, não representa, em si, nada de errado. Não há como condenar as mudanças ou reafirmações de opiniões sem saber se as novas posições são melhores ou piores. Porém, do ponto de vista do desenho institucional, o problema com a deliberação blindada é que garantirá a polarização em uma variedade imensa de grupos, alguns deles necessários para a concreção da justiça, outros, ao contrário, que provavelmente promoverão a injustiça (SUNSTEIN, 2005).

Ainda assim, a difusão dos pontos de vista desenvolvidos em virtude da deliberação blindada depende necessariamente de que os membros desse grupo, em algum momento, sejam postos em confronto com os membros de outros grupos mais heterogêneos. Dessa forma, estarão expostos a pontos de vista opostos aos seus e serão forçados a enfrentar argumentos que contrariam suas próprias convicções. Essa é a melhor resposta para as democracias constitucionais – promover a deliberação blindada, mas, ao mesmo tempo, garantir que nenhuma deliberação ocorra de forma integralmente isolada e que em algum momento haja a possibilidade de troca de ideias entre os membros dos grupos blindados e os membros de outros grupos externos. Os maiores riscos de radicalização e extremismos são criados pelas situações de isolamento, em que “as pessoas estão expostas somente aos altos e suaves ecos de suas próprias vozes”<sup>124</sup>, e não pela deliberação em si. (SUNSTEIN, 2001a, p. 47).

Em suma, considerando que o isolamento é causa dos problemas de deliberação e das incontáveis formas de incompreensão mútua, Sunstein (2001a) sugere que os arranjos constitucionais sejam ajustados para assegurar que a heterogeneidade não seja fonte de fragmentação social, mas, ao contrário, opere como força criativa, auxiliando na identificação de problemas e soluções que, de outro modo, não seriam percebidos.

De outro giro, importante salientar que mesmo a observância das pré-condições para um discurso público justo não é suficiente para solucionar todos os problemas decorrentes das influências do grupo sobre o indivíduo, pois “é provável que aqueles problemas perturbem muitas mentes mesmo quando o discurso é

---

<sup>124</sup> “[...] people are exposed only to softer and louder echoes of their own voices”.

público e inclusivo, mesmo que os participantes sejam sinceros e mesmo que todos tenham iguais direitos”. (SUNSTEIN, 2008, p. 73)<sup>125</sup>.

Cabe ponderar, outrossim, que em virtude mesmo da deliberação e do confronto com as opiniões que hostilizam, as pessoas podem, não raro, tornar-se ainda mais inflexíveis em seus posicionamentos. Essa possibilidade conduz à ideia de que o manejo do desacordo em uma democracia constitucional não significa, obrigatoriamente, que um consenso deva ser alcançado. Ao contrário, significa que o acordo deve tornar-se desnecessário quando se mostrar inatingível.

A realização dessa diretriz depende da aplicação dos acordos parcialmente teorizados (*incompletely theorized agreements*), um recurso que, sendo central à teoria minimalista de Sunstein (2001b), pode se revelar como fonte de constitucionalismo bem sucedido e de estabilidade social.

Os acordos parcialmente teorizados, como se estudará adiante, possuem muitas vantagens sociais práticas. Por exemplo, eles permitem que julgamentos e decisões sejam elaborados e aceitos, apesar dos desacordos de larga escala. Ao mesmo tempo favorecem a solidariedade e o comprometimento social. As pessoas que concordam com abstrações políticas tendem a se sentir envolvidas em projetos comuns, o que auxilia na constituição de uma cultura democrática e na construção de uma democracia efetivamente deliberativa.

Contudo, tendo em vista que o objetivo deste trabalho é relacionar as categorias aqui estudadas com a atuação do poder judiciário e, nesta senda, demonstrar que pela via minimalista os acordos parcialmente teorizados configuram uma abordagem singular para o problema do conflito político, funcionando como limitadores de debates profundos e abstratos sobre questões controversas, torna-se imperioso estudar, segundo o pensamento de Sunstein (1998), a argumentação legal. É o que se aborda na seção seguinte.

---

<sup>125</sup> “Those problems are likely to arise among many minds even if discourse is public and inclusive, even if participants are sincere, and even if everyone has equal rights”.

### 3.3 ARGUMENTAÇÃO LEGAL (*LEGAL REASONING*)

Ao abordar o problema da argumentação legal, Sunstein (1998) pretende demonstrar a sua relativa independência das demais formas de argumentação, pondo em relevo suas peculiaridades e especificidades.

Com vistas a sublinhar o que há de particular acerca da racionalidade jurídica, Sunstein (1998) delineia, ainda que não exaustivamente, algumas formas de argumentação legal, mas que não podem ser consideradas como específicas do Direito. Nessa ótica, trata da aplicação de deduções e teorias gerais como fundamento dos julgamentos particulares em matéria legal, refere-se à aplicação do equilíbrio reflexivo de Rawls (2000) como base de justificação das decisões e aborda a importância da investigação das consequências decorrentes das decisões, quer dizer, da importância de se proceder com esteio em uma racionalidade que considera meios e fins.

A análise que se faz almeja não apenas revelar que a aplicação dos métodos referidos é muitas vezes inadequada para oferecer soluções consistentes para as questões legais. Mais que isso, e especialmente, pretende esquadrihar a função essencial que desempenham os acordos parcialmente teorizados para a teoria do minimalismo judicial, assim como pôr em relevo a sua natural conformação para servir como a melhor abordagem legal para o problema do pluralismo social.

#### 3.3.1 Teorias gerais e deduções

Em termos de racionalidade jurídica, é frequente o recurso à utilização do método dedutivo, lastreado em alguma teoria geral e abstrata para fundamentar as decisões prolatadas em casos concretos. Referido método é perfeitamente adequado para o debate acadêmico e, de fato, largamente utilizado nas academias para a discussão tanto de problemas éticos e políticos quanto legais. Contudo, como se verá mais adiante, não se mostra tão apropriado para as discussões travadas no dia a dia dos tribunais.

Para melhor apreender as ideias que Sunstein (1998) defende em termos de racionalidade jurídica não se pode deixar de ter clareza acerca da sua compreensão do significado do termo "teoria geral". Para o autor, a teoria geral consiste em uma abordagem do Direito que especifica um valor simples, usualmente unitário, que opera em um alto nível de abstração e que decide casos com fundamento nos princípios estabelecidos por esta mesma teoria. É o que se verifica a partir da aplicação da teoria utilitarista ou da abordagem econômica do Direito. Nesses dois casos, as decisões que devem ser tomadas são avaliadas à luz de um objetivo geral e único, previamente especificado<sup>126</sup>.

Esse tipo de abordagem opera de forma dedutiva, no sentido de que os resultados alcançados em um caso particular são vistos como uma consequência lógica da aplicação da teoria geral<sup>127</sup>. Quer dizer, uma vez que se constrói uma teoria, a visualização dos casos concretos passa a ser feita por meio das lentes de seus pressupostos.

O fato de que a própria teoria possa ter sido construída a partir de uma série de casos concretos não infirma a ideia aqui exposta, apenas demonstra que os julgamentos de casos particulares podem influenciar na geração de uma teoria. Porém, uma vez estabelecida, os casos individuais são testados não em comparação um com o outro mas sempre em face e a partir da teoria gerada. (SUNSTEIN, 1998).

A aceitação irrestrita de imposição de uma teoria geral para servir de fundamento para os julgamentos concretos em matéria de Direito apresenta algumas inconsistências. Uma delas é que as pessoas que aceitam teorias gerais como fundamentos para as decisões concretas são insistentemente anticasuísticas e se recusam a aceitar qualquer outro julgamento que não seja coerente com a teoria, simplesmente por este fato. Ou seja, as pessoas passam a sustentar

---

<sup>126</sup> Em vista de uma percepção utilitarista do Direito, por exemplo, as decisões tomadas devem corresponder ao desejo de maximização da utilidade; em vista da percepção econômica se avalia se as decisões maximizam a riqueza.

<sup>127</sup> Servem de ilustração os seguintes exemplo extraídos de Sunstein (1998): a) o princípio constitucional da igualdade impede que a lei imponha qualquer tipo de estigma sobre as minorias raciais; as ações afirmativas não impõem nenhum estigma; logo, as ações afirmativas são constitucionalmente aceitáveis; b) o Direito deve otimizar a eficiência; um sistema de responsabilidade civil fundado na culpa é menos eficiente do que um sistema de responsabilidade civil objetivo; logo, as leis devem impor a responsabilidade objetiva.

decisões, por mais absurdas que sejam, meramente porque foram impostas pela teoria geral<sup>128</sup>. Julgamentos dessa ordem fanatizam os defensores de teorias gerais, que se veem presos a uma postura insistente de “aplicar princípios gerais a casos particulares, dos quais resultam absurdos palpáveis”<sup>129</sup> (SUNSTEIN, 1998, p. 15).

A crítica de Sunstein (1998) com relação à aplicação de teorias abstratas à argumentação legal não deve ser considerada como uma objeção irrestrita a esse tipo de abordagem. O autor reconhece que diversos julgamentos distorcidos, tomados como premissas verdadeiras, em muitas sociedades somente puderam ser superados porque se mostraram desarrazoados quando confrontados com teorias mais gerais sobre o que é certo ou o que é justo. Tomem-se como exemplos os julgamentos acerca da escravidão, da segregação racial e da desigualdade sexual.

O ponto central do minimalismo judicial, na verdade, é que não existe razão para que as convicções existentes sobre casos concretos sejam transformadas em partes constitutivas de um método de elaboração de princípios gerais. É possível e, frequentemente, bastante razoável, em face da multiplicidade de valores que guiam uma sociedade, que determinado julgamento particular seja tomado independentemente de ser ou não coerente com teorias mais abstratas.

Além de todo o exposto, há ainda outro problema com relação à utilização de teorias que se estruturam sobre um valor unitário para os julgamentos legais: “a moralidade está baseada, não sobre um único valor, mas sobre uma variedade de valores irreduzivelmente independentes, que são plurais e diversos”. (SUNSTEIN, 1998, p. 16-17)<sup>130</sup>.

Por esta perspectiva, reforça-se o valor da aplicação de teorias não redutoras, capazes de reconhecer a pluralidade dos interesses em conflito. Não se trata, assim, de sustentar que nenhuma teoria profunda e sofisticada sobre direitos possa produzir consenso, mas é razoável sustentar que, exceto em situações específicas, teorias abstratas não servem como fundamento para a concretização da

---

<sup>128</sup> Nessa ordem de ideias, uma abordagem associada à teoria de Kant insistiria na obrigatoriedade de dizer a verdade, ainda que o resultado disso fosse a morte de inúmeras pessoas. Analogamente, para o utilitarista seria razoável matar um inocente se desta ação resultasse maior prosperidade para toda a sociedade. (SUNSTEIN, 1998).

<sup>129</sup> “[...] on applying general principles to particular cases in which they lead to palpable absurdity”.

<sup>130</sup> “[...] morality is based not on a single value, but on a variety of irreducibly independent values, which are plural and diverse.”

constituição nem para o direito constitucional. Além disso, cautela e humildade acerca de uma grande teoria são recomendáveis, ao menos quando muitas teorias levam a uma mesma direção.

Os acordos parcialmente teorizados, por sua vez, tornam possíveis a concretização das constituições e o direito constitucional, mesmo em nações nas quais pessoas com as mesmas ideias interagem somente entre si e também divergem sobre questões mais fundamentais. (SUNSTEIN, 2001a).

### 3.3.2 Equilíbrio reflexivo

Outro método de abordagem de problemas éticos, políticos e legais, segundo Sunstein (1998), pode ser extraído de um processo cuidadoso de comparação de diversas teorias gerais, aparentemente plausíveis, com os julgamentos particulares individuais, também aparentemente plausíveis.

Desta feita, recorrendo à noção de equilíbrio reflexivo<sup>131</sup> de Rawls (2000), é plausível admitir que boa parte da argumentação legal pode ser compreendida como um esforço para se realizar a conformação de princípios gerais com julgamentos concretos, assim como de todos os princípios e julgamentos possíveis que se colocam entre uns e outros.

Em paralelo com os pontos fixos tratados por Rawls (2000)<sup>132</sup>, Sunstein (1998) qualifica as crenças individuais, abstratas ou concretas, de cada uma das pessoas, em virtude do alto grau de confiança nelas depositado.

Dessa forma, explica Sunstein (1998, p. 17):

---

<sup>131</sup> Para Rawls (2000), o equilíbrio reflexivo é o estado de coisas que se atinge depois que uma pessoa avaliou várias concepções teóricas abstratas e decidiu, ou revisar seus juízos para se conformar com uma dessas concepções ou manter-se firme nas próprias convicções iniciais e na concepção correspondente. Trata-se de uma condição de equilíbrio porque os princípios e as opiniões da pessoa coincidem; é reflexivo porque a pessoa sabe com quais princípios seus julgamentos se conformam e conhece as premissas das quais derivam.

<sup>132</sup> São considerados pontos fixos as convicções iniciais de cada pessoa que, por força de um juízo ponderado, são reafirmados pela coerência que demonstram em face de concepções principiológicas abstratas, ou revisados por não se ajustarem a elas. Esse juízo de ponderação conduz ao equilíbrio reflexivo. (RAWLS, 2000).

Na busca pelo equilíbrio reflexivo, o que pensamos ser a teoria geral é ajustado para se conformar com o que pensamos ser os nossos pontos de vista considerados sobre casos particulares. Os pontos de vista particulares são ajustados para se conformarem com a teoria geral e vice-versa. Eventualmente, pontos de vista em todos os níveis de generalidade são alinhados uns com os outros. Por meio desse processo, esperamos alcançar uma forma de equilíbrio.<sup>133</sup>

Impende observar, contudo, que em termos de teoria moral e política, o valor da busca pelo equilíbrio reflexivo<sup>134</sup> é muito controvertido, tendo em vista que muitas concepções diferentes de um tal equilíbrio são possíveis. Isso porque, no processo de avaliação e reavaliação dos pontos fixos, um indivíduo pode atribuir maior ou menor peso a seus julgamentos concretos; tomar decisões diferentes sobre o que pode considerar como distorções em seus julgamentos; enfatizar ou reduzir a importância dos argumentos filosóficos abstratos; aprovar ou rejeitar reações aparentemente emocionais. Portanto, ainda que se pretenda estabelecer uma estrutura coerente para julgamentos concretos, é razoável aceitar o fato de que “alguém que tenha atingido o equilíbrio reflexivo esteja, ainda assim, errado, já que alguns dos pontos fixos provisionais que originaram o seu equilíbrio podem estar alicerçados sobre preconceitos ou confusão”. (SUNSTEIN, 1998, p. 17).<sup>135</sup>

Por outro lado, não se pode recusar que a busca pelo equilíbrio reflexivo consiste, sob alguns aspectos, em uma maneira importante sobre como pensar os problemas legais.

O equilíbrio reflexivo tem por objetivo estabelecer uma ordem coerente entre convicções particulares e gerais dos juízes, diante de casos difíceis. Nesse sentido, pode-se dizer que esse método favorece a produção, a um só tempo, de um conjunto completo de julgamentos razoáveis sobre casos particulares,

---

<sup>133</sup> “In searching for reflective equilibrium, what we think tentatively to be the general theory is adjusted to conform to what we think to be our considered views about particular cases. The particular views are adjusted to conform to the general theory and vice-versa. Eventually, views at all levels of generality are brought into line with one another. Through this process we hope finally to reach a form of equilibrium”.

<sup>134</sup> Deve-se observar, de acordo com Rawls (2000), que na busca pelo equilíbrio reflexivo não há como se estabelecer um grau de precedência entre o particular e o geral, já que ambos são igualmente fundamentais neste processo. Essa é uma característica do equilíbrio reflexivo: admitir os juízos individuais de cada pessoa em todos os níveis de generalidade. Nesse sentido, afirma Rawls (2005, p. 08): “no one level, say that of abstract principle or that of particular judgments in particular cases is viewed as foundational. They all may have an initial credibility”.

<sup>135</sup> “[...] someone who has reached reflexive equilibrium is nonetheless wrong, since some of the provisional fixed points that generated his equilibrium are rooted in prejudice or confusion”.

acompanhados de uma teoria abstrata ou de um conjunto de princípios que lhes serve de fundamento. (SUNSTEIN, 1998).

Essa premissa, entretanto, não é suficiente para infirmar o argumento de que, também, a busca pelo equilíbrio reflexivo não é, como se verá mais adiante, o modelo ideal para os problemas concernentes à argumentação legal.

Comparativamente, é possível contrastar a aplicação de teorias gerais e a busca do equilíbrio reflexivo em função da maior valorização dos julgamentos concretos que esta última abordagem permite. Todavia, essa não pode ser considerada uma diferença marcante. Primeiro, porque muitos teóricos justificam a utilização de teorias gerais com base nas crenças das pessoas com relação a casos particulares; segundo, porque aqueles que buscam o equilíbrio reflexivo admitem a possibilidade de revisão dos seus julgamentos particulares.

Entrementes, é certo que no processo de busca pelo equilíbrio reflexivo não há como se estabelecer, *a priori*, uma relação de precedência entre a teoria e os julgamentos concretos. Dessa forma, é perfeitamente viável que os julgamentos particulares possam adquirir um papel relevante no desenvolvimento de princípios diretores. No tocante a esse aspecto, a objeção que se pode apresentar consiste em que o ajustamento de uma teoria a um julgamento particular pode configurar uma estratégia perigosa e violação de um comprometimento necessário com o princípio geral e com a própria neutralidade.

Contra essa objeção, Sunstein (1998) afirma que a compreensão do que requer a moralidade ou do que deve ser o direito, em face de casos difíceis, depende invariavelmente de uma discussão profunda daquilo em que se acredita de fato, ou seja, os pontos fixos de cada um. Nesse sentido, afirma o autor:

Não há nada de impróprio em se conferir peso a convicções particulares para se decidir sobre o conteúdo apropriado de teorias políticas ou éticas. Se os julgamentos das pessoas são inevitavelmente um produto do pensamento comum, o questionamento de uma teoria geral não configura um erro quando esta mesma teoria produz efeitos inaceitáveis na abordagem do caso concreto.<sup>136</sup> (SUNSTEIN, 1998, p. 18).

---

<sup>136</sup> “[...] there is nothing improper about giving weight to particular convictions in deciding on the appropriate content of ethical or political theories. If judgments by human beings are inevitably a product of what human beings think, it is hardly wrong to question your general theory when that theory brings about results that seem to be an unacceptable part of your approach to the subject.”



Em contrapartida, conferir aos pontos fixos individuais um status fundamental representaria um equívoco. Os julgamentos concretos variam de indivíduo para indivíduo e não é possível, especialmente diante de casos difíceis, apontar qual a resposta correta, ou qual a mais correta.

Muitas pessoas, por exemplo, têm como absolutamente constitucional a interferência do Estado no mercado para, por via legislativa, regular a política de preços de bens e serviços em prol do consumidor, contra o aumento arbitrário dos lucros<sup>137</sup>. Outras, ao contrário, compreendem tal interferência como inconstitucional. Algumas não consideram a possibilidade de que direitos fundamentais sejam suscitados como razão para resolver pendências particulares, por acreditarem que regulam apenas as relações de particulares com o Estado. Assim, seria admissível e não representaria ofensa ao princípio da igualdade, a discriminação, por conta da nacionalidade do trabalhador, no tocante à distribuição de benefícios criados no estatuto de pessoal de empresa privada<sup>138</sup>. Há ainda quem considere legítima a condução forçada da pessoa para realização de exame de sangue a fim de produzir prova em ação de investigação de paternidade. Em sentido oposto, há os que acreditam que tal ingerência representaria ofensa à dignidade da pessoa<sup>139</sup>.

---

<sup>137</sup> O Supremo Tribunal Federal assentou que em face da Constituição da República de 1988, o Estado pode regular a política de preços de bens e serviços por entender como abusivo o poder econômico que objetiva o aumento arbitrário dos lucros. A decisão visa a conciliar princípios que, abstratamente, parecem inconciliáveis, como os princípios da livre iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades sociais e promoção da justiça social. Conferir, a respeito, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 319/DF. Relator Ministro Moreira Alves. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=319&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 08 jul. 2008.

<sup>138</sup> No RE 161.243/DJ 19.12.97, da relatoria do Ministro Carlos Velloso, o Supremo Tribunal Federal não aceitou que a invocação do princípio da autonomia legitimasse discriminação, por conta da nacionalidade do trabalhador, no tocante à distribuição de benefícios criados no estatuto de pessoal de certa empresa. Afirmou o relator: “Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: CF/1967, art. 153, § 1º; CF/1988, art. 5º, caput. A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag. 110.846 (AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 161.243/DJ. Relator Min. Carlos Velloso. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(161243.NUME.%20OU%20161243.ACMS.\)&base=baseAcordados](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(161243.NUME.%20OU%20161243.ACMS.)&base=baseAcordados)>. Acesso em: 08 jul. 2008.

<sup>139</sup> O Supremo Tribunal Federal, em decisão no HC 71.373/RS, DJ 22.11.96, concedeu *habeas corpus* a um indivíduo que, tendo-se recusado a retirar uma amostra de sangue para exame de DNA, em uma ação de investigação de paternidade, recebeu ordem judicial para fazê-lo, sob pena de condução coativa. A decisão foi tomada por uma maioria de seis votos contra quatro, depois de

Conclui-se, dessa forma, que os pontos fixos que servem de partida para a avaliação da adequação de uma teoria são distintos, o que faz ver que o “desacordo no Direito é normalmente baseado em um desacordo sobre quais são os pontos fixos apropriados”<sup>140</sup>. (SUNSTEIN, 1998, p. 19). Já, sob outra vertente, alguns julgamentos particulares ocupam um papel tão central que restringem a categoria de teorias gerais permissíveis.

Observe-se, por fim, que a busca do equilíbrio reflexivo impõe, em primeiro lugar, atribuir-se um grande valor à capacidade de desenvolver uma compreensão completa das bases para julgamentos particulares; em segundo lugar, do mesmo modo, valorizar o desenvolvimento de princípios gerais e abstratos que possam sustentar aqueles julgamentos. O atingimento do equilíbrio reflexivo, portanto, resultaria em uma consistência tanto horizontal quanto vertical dos julgamentos concretos, de forma que todos os casos estariam harmonizados uns com os outros e com a teoria geral. Cada um dos julgamentos particulares estaria totalmente teorizado. (SUNSTEIN, 1998).

A conjugação de todos esses fatores leva a crer que o equilíbrio reflexivo não deve ser tomado como um ideal para o Direito. Especialmente à luz de um

---

acirrados debates. Em voto vencido, o Ministro Francisco Rezek, relator originário do processo, sustentou a legitimidade do exame de sangue forçado, sob o argumento de que o direito à incolumidade física não é absoluto e que a Constituição assegura o direito à dignidade da criança, conceito que haveria de englobar o direito à própria identidade e o direito de conhecer o vínculo de filiação real. Nessa linha, o ministro afirmou que: “O direito ao próprio corpo não é absoluto ou ilimitado. Por vezes, a incolumidade corporal deve ceder espaço a um interesse preponderante, como no caso da vacinação, em nome da saúde pública. [...] Estou em que o princípio da intangibilidade do corpo humano [...] deve dar lugar ao direito à identidade [...]”. Em outra passagem do voto, o relator justificou a escolha pelo direito de identidade, invocando circunstâncias do caso concreto, que demonstrariam a razoabilidade dessa opção. Mencionando que a ordem jurídica assegura ao indivíduo o conhecimento da verdade real, enfatizou que a recusa ao exame hematológico importaria restrição a este conhecimento e que a intervenção sobre o bem incolumidade corporal era mínima, diante das consequências deste exame para a satisfação do direito do autor da ação de investigação de paternidade. Afirmou, ainda, que “o sacrifício imposto à integridade física do paciente é risível quando confrontado com o interesse do investigador”. Entretanto, prevaleceu o entendimento de que o direito à intangibilidade do corpo humano e o valor da dignidade humana não poderiam ser limitados, no caso, para possibilitar a feitura de prova em juízo. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 71.373. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(71373.NUME.%20OU%2071373.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(71373.NUME.%20OU%2071373.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 08 jul. 2008.

<sup>140</sup> “[...] disagreement in law is often based on disagreement about what are the appropriate fixed points”.

sistema legal de precedentes, no qual juízes de instâncias inferiores não têm autoridade para recusar as decisões de tribunais superiores<sup>141</sup>.

Pois bem. Tudo o que se disse acerca do equilíbrio reflexivo serve, então, ao propósito de reforçar a validade e a pertinência dos acordos parcialmente teorizados às decisões judiciais, uma vez que, tendo em vista a natureza destes acordos, são eles eficientes para a redução do custo político da tomada destas decisões e, ainda, para a diminuição de desacordos permanentes.

### **3.3.3 As consequências do Direito: racionalidade de meios e fins**

A racionalidade de meios e fins é compreendida por Sunstein (1998) como sendo o método de determinação do conteúdo do Direito, em função das consequências que se pretende alcançar. Afigura-se, assim, que a argumentação legal funciona, algumas vezes, como uma maneira de descobrir os efeitos reais das normas e identificar quais são os meios mais eficientes para se atingir os fins propostos.

Essa espécie de racionalidade, que inclui uma investigação sobre as consequências que podem advir em decorrência da interpretação de determinada lei, em um ou em outro sentido, deve ser acolhida no Direito, afirma Sunstein (1998), pois é importante que as dimensões empíricas da norma jurídica sejam identificadas e consideradas na avaliação do seu significado.

O problema que se impõe, entretanto, refere-se ao fato de que, nem sempre os juízes podem determinar com precisão os efeitos de uma decisão. Não é raro que uma decisão seja prolatada com vistas à produção de um determinado efeito e acabe refletindo de forma oposta.

Essa situação se verifica justamente porque, no contexto litigioso, os juízes, muito frequentemente, conseguem enxergar apenas uma pequena parte do

---

<sup>141</sup> Anote-se que o sistema legal dos Estados Unidos da América impede que as cortes inferiores possam rejeitar os precedentes da Suprema Corte. O sistema legal brasileiro aproximou-se do sistema de precedentes após a Emenda Constitucional n. 45/2004, que estabeleceu a súmula vinculante.

todo e se mostram incapazes de antever os efeitos sistêmicos que suas decisões podem produzir. Essa é mais uma razão para que o poder judiciário adote uma atitude cautelosa no âmbito de sua atuação.

Uma vez mais, comprova-se o argumento de que os acordos parcialmente teorizados acerca de decisões concretas são um elemento fundamental da argumentação legal, ao mesmo tempo em que configuram uma abordagem singular do Direito em face do pluralismo social.

### 3.4 ACORDOS PARCIALMENTE TEORIZADOS (*INCOMPLETELY THEORIZED AGREEMENTS*)

Em face de um sistema constitucional democrático que se alicerça sobre os ideais da deliberação e do autogoverno, e, ainda, considerando a imperatividade de adoção de uma postura de respeito pela diferença que deve estar presente nas sociedades pluralistas, é defensável a estratégia proposta por Sunstein (1998; 2001b), pela qual, em uma ordem constitucional democrática, os problemas legais – incluindo aí os problemas de deliberação – sejam resolvidos por meio dos acordos parcialmente teorizados.

Além de atuarem de forma difusa no direito constitucional e na democracia em geral, os acordos parcialmente teorizados são fonte de constitucionalismo bem sucedido e de estabilidade social, pois oferecem uma oportunidade perfeita para que as pessoas tenham, umas para com as outras, respeito mútuo.

É raro, diz Sunstein (2001a), que uma pessoa ou grupo possa teorizar completamente sobre qualquer questão, ou seja, que possa aceitar tanto uma teoria geral quanto uma série de outras implicações que conectem essa teoria às conclusões concretas. Por isso, as sociedades frequentemente lançam mão dos acordos parcialmente teorizados acerca de princípios gerais.

Esses acordos possuem feições distintas. Algumas vezes envolvem abstrações<sup>142</sup> aceitas em meio a profundos desacordos sobre questões mais pontuais, como, por exemplo, quando as pessoas discordam sobre temas como pornografia ou discursos racistas, mas concordam quanto a um princípio geral de liberdade de expressão. Outras vezes, possuem opiniões divergentes acerca do homossexualismo, porém aceitam como válido um princípio geral de não discriminação, ou, ainda, quando concordam que matar é errado, mas têm posições dissonantes com relação ao aborto.

Os acordos parcialmente teorizados sobre princípios gerais são parcialmente teorizados no sentido de que as pessoas que aceitam o princípio não necessariamente aceitam o que tal princípio impõe com relação a casos particulares. Trata-se de um fenômeno bastante presente no Direito, inclusive no âmbito do direito constitucional. Na verdade, uma constituição somente se faz viável por meio desses acordos parcialmente teorizados (SUNSTEIN, 1998).

Vê-se que muitas constituições, ao invés de regras, contêm *standards* jurídicos, especialmente com relação à descrição dos direitos fundamentais. São disposições abstratas que protegem a liberdade de expressão, a liberdade religiosa, a igualdade perante a lei, com as quais os cidadãos concordam, mesmo discordando do exato conteúdo inserto em tais disposições. Como pontua Sunstein (1998, p. 36): “os cidadãos concordam com tais abstrações em meio a acirradas disputas sobre o que tais disposições realmente impõem”<sup>143</sup>. Daí resulta que os acordos são parcialmente teorizados porque são parcialmente especificados, isto no sentido de que a maior parte do trabalho de interpretação e de determinação do conteúdo desses *standards* deverá ser feito diante do caso concreto e, geralmente, por meio de julgamentos casuísticos.

---

<sup>142</sup> Sunstein (2001a, p. 57) utiliza os termos *high-level theories* e *abstractions*, indistintamente, traduzidos, neste trabalho, por teorias e abstrações. Além deles, faz uso dos termos *mid-level principles* e *low-level principles*, traduzidos como princípios intermediários e princípios elementares. Segundo o autor, não há como se distinguir, *prima facie*, uma teoria mais profunda de outra que opere em nível intermediário ou mais elementar. São conceitos relativos, mais bem compreendidos em termos comparativos. “In this setting, the notions *low-level*, *high*, and *abstract* are best understood in comparative terms.” [grifo do autor].

<sup>143</sup> “[...] citizens agree on those abstractions in the midst of sharp dispute about what these provisions really entail”.

Em muitas ocasiões, o próprio processo legislativo só se torna possível em razão da utilização dos acordos parcialmente teorizados. Se o legislador pretendesse tudo especificar, certamente o nível de disputa e de conflito seria de tal modo elevado que impossibilitaria a edição de muitas leis importantes.

Um segundo fenômeno diz respeito ao fato de que algumas vezes as pessoas concordam com princípios intermediários, mas discordam tanto acerca de teorias mais genéricas quanto a respeito de questões concretas. Nesses casos, também se fala em acordos parcialmente teorizados, mas com outra feição. Por exemplo, os juízes podem concordar acerca do princípio da não discriminação racial, sem que compartilhem com uma teoria sofisticada que alude à igualdade e sem que concordem sobre a edição de programas de cotas raciais.

Evidencia-se, ainda, um terceiro fenômeno especialmente importante para a compreensão de um constitucionalismo democrático e com particular interesse para o direito constitucional que se produz nos tribunais<sup>144</sup>. Ao invés de se referirem a abstrações, os acordos parcialmente teorizados dizem respeito a resultados concretos. É justamente com esse viés que os acordos parcialmente teorizados desempenham um importante papel para o Direito. Em face da divergência sobre proposições mais amplamente teorizadas, é mais provável que as pessoas cheguem a um consenso se reduzirem o nível de abstração. (SUNSTEIN, 1998; 2001a).

O que se quer enfatizar, portanto, é que diante de um desacordo insuperável acerca de proposições mais profundamente teorizadas, é provável que os indivíduos possam concordar com um julgamento mais concreto se regredirem um degrau conceitual e reduzirem o nível de abstração. Quer dizer, quando as pessoas divergem sobre uma determinada abstração, como, por exemplo, se a igualdade é mais importante do que a liberdade, elas irão convergir se puderem se mover para um nível de maior particularidade<sup>145</sup>, ou, seja, se promoverem um *conceptual descent* (SUNSTEIN, 1998).

---

<sup>144</sup> É justamente com relação a esse terceiro fenômeno de acordos parcialmente teorizados que Sunstein (1998) demonstra particular interesse, tendo em conta que, segundo a percepção deste autor, são especialmente relevantes para o Direito.

<sup>145</sup> As pessoas podem concordar acerca do direito à liberdade religiosa sob os mais diversos fundamentos teóricos: como um direito necessário para a paz social; ou como direito decorrente do dever natural de respeito mútuo que deve haver entre os membros de uma sociedade política; ou ainda como reconhecimento da dignidade da pessoa humana; ou simplesmente como um comando teológico. O consenso sobre esse direito, diz Sunstein (2001a), mais particular do que os seus

Nesses termos, fala-se em acordos parcialmente teorizados ante a percepção de que as pessoas envolvidas em conflitos políticos têm clareza acerca dos resultados que buscam, sem necessariamente concordar com teorias mais amplas que possam sustentar suas decisões<sup>146</sup>. A teoria, então, é deixada sem explicação.

Conforme afirma Sunstein (1998, p. 37):

[...] quando as pessoas divergem acerca de alguma proposição (relativamente) mais profunda, elas podem ser capazes de concordar se reduzirem o nível de abstração. Julgamentos parcialmente teorizados sobre casos particulares representam o material ordinário do Direito. E, no Direito, o ponto de convergência é, no mais das vezes, altamente particularizado – tão absolutamente quanto relativamente particularizado – no sentido de que envolve um resultado específico e um conjunto de razões que não se distanciam muito do caso sob análise. As teorias mais profundas são raramente refletidas de modo explícito no Direito.<sup>147</sup>

Observe-se que não é possível especificar, isoladamente, o que seja uma teoria profunda, intermediária ou elementar. O mesmo ocorre com relação aos princípios. Trata-se de conceitos relativos, cuja determinação depende de uma compreensão feita em termos comparativos. Como exemplifica Sunstein (1998), o *standard “clear and present danger”*<sup>148</sup> se revela uma abstração relativa quando confrontado com a afirmação de que o partido nazista tem o direito de empreender uma marcha no centro de uma cidade. Porém, a mesma ideia pode ser particularizada se comparada com o argumento de que as nações devem adotar o padrão constitucional da liberdade de expressão.

---

fundamentos, consiste em um acordo parcialmente teorizado, pois os indivíduos concordam com o resultado concreto, sem, contudo, convergir acerca de uma teoria mais abstrata que pudesse servir de embasamento para tal direito.

<sup>146</sup> Analogamente, as pessoas podem se opor à redução da maioria penal por diversas razões, nem sempre coincidentes: porque esta medida atingiria as camadas mais pobres da população de forma mais direta; porque violaria o Estatuto da Criança e do Adolescente; porque falta ao adolescente o pleno entendimento da ilicitude da sua conduta.

<sup>147</sup> “[...] when people diverge on some (relatively) high-level proposition, they might be able to agree when they lower the level of abstraction. Incompletely theorized judgments on particular cases are the ordinary material of law. And in law, the point of agreement is often highly particularized – absolutely as well relatively particularized – in the sense that it involves a specific outcome and a set of reasons that do not venture far from the case at hand. High-level theories are rarely reflected explicitly in law.”

<sup>148</sup> Sobre o padrão *clear and present danger*, confira-se a nota 99 no capítulo 2.

Com efeito, não se pretende afirmar que na sociedade e no Direito não haja espaço para teorias abstratas e profundas. O fato é que, quando as pessoas discordam sobre alguma abstração, elas normalmente tendem a focar sobre um nível de maior particularismo, sendo capazes de chegar a um julgamento parcialmente teorizado, por meio do qual se acolhe um resultado, independentemente de qualquer convergência com relação a teorias abstratas que possam sustentar este resultado. Pode-se aceitar um resultado, sem que haja convergência, em último grau para tal aceitação. O fundamento teórico que serve de sustentação para uma dada opinião acerca do direito ou do bem em questão não é explicitado, muitas vezes porque o indivíduo que faz uma determinada escolha não pode fundamentá-la em qualquer teoria mais abstrata, o que, por si só, não retira nenhuma validade do julgamento moral que esteja sendo feito<sup>149</sup>.

Nessa ordem de ideias, fica evidente a justa adequação dos acordos parcialmente teorizados aos limites de diversas instituições sociais, a exemplo dos tribunais. Além disso, eles agem como controladores das inúmeras dificuldades e erros que podem resultar das cascatas sociais e da polarização de grupos, desempenhando um papel fundamental para a ordem social democrática.

Nada disso implica, contudo, recusar, de modo absoluto, espaço para teorizações mais profundas e abstratas, em um sistema legal. A preferência pela utilização dos acordos parcialmente teorizados é apenas uma presunção e, como tal, ainda que se afigure uma presunção forte, pode ser afastada naquelas situações em que se revelarem inadequados, injustos ou inconsistentes. Com efeito, teorizações mais profundas, em determinadas hipóteses são capazes de descortinar preconceitos, confusões ou inconsistências. Porém, esse fato não afasta a relevância da aplicação dos acordos parcialmente teorizados em matéria legal. Esses acordos representam uma parte valiosa, tanto da vida privada quanto da vida pública, tornando possível a realização do próprio Direito, em grande parte, por meio do reconhecimento dos usos construtivos do silêncio (*constructive uses of silence*).

---

<sup>149</sup> Não é incomum as pessoas concordarem sobre determinadas escolhas sem terem uma teoria que possa justificar seus julgamentos. O mesmo vale para julgamentos sobre justiça ou moralidade, que podem ser verdadeiros e corretos, mesmo quando feitos por pessoas que não podem justificá-los teoricamente (SUNSTEIN, 2001a). Em outras palavras, as pessoas podem saber que determinada decisão é correta, sem compreender exatamente o porquê.



Trata-se de uma prática que utiliza o silêncio como um mecanismo para produção de concordância, apesar do dissenso, das incertezas, dos limites de tempo, de capacidade e da heterogeneidade. Especialmente em uma sociedade plural, como ensina Sunstein (1998, p. 39):

O silêncio acerca de algo que, eventualmente, possa revelar-se falso, obtuso ou excessivamente controverso, ajuda a minimizar o conflito, permite que o presente aprenda com o futuro e ainda poupa tempo e gasto. No Direito, assim como em outras áreas da vida social, o que é dito não é mais importante do que aquilo que não é dito.<sup>150</sup>

O silêncio acerca de pontos de vista antagônicos e irreduzíveis torna-se, assim, vantajoso na medida em que abre espaço para a aplicação dos acordos parcialmente teorizados, que além de permitirem a superação dos desacordos de larga escala, favorecem a solidariedade e o comprometimento social. (SUNSTEIN, 1998; 2001a).

É certo, outrossim, que a par das suas vantagens, os acordos parcialmente teorizados apresentam também desvantagens e, em algum momento, deverão ser objeto de verificação, crítica e superação. Há casos, inclusive, que não podem ser decididos sem que se recorra a uma teoria mais abstrata. (SUNSTEIN, 1998).

Contudo, o ponto que se quer destacar é que em um sistema legal os acordos parcialmente teorizados são instrumentos centrais para a aplicação da abordagem minimalista, em vista das virtudes essenciais que possuem. Essas virtudes relacionam-se especialmente com o limitado espaço que os tribunais ocupam em uma sociedade democrática e com a necessidade constante de amplificação e promoção do debate público.

Do fato de que os acordos parcialmente teorizados podem reduzir o custo político das decisões e diminuir desacordos permanentes resulta a sua perfeita adequação às decisões do poder judiciário. Especialmente porque os tribunais possuem recursos e capacidade limitados, além de um reduzido viés democrático, devem ser cautelosos quanto às decisões que adotam.

---

<sup>150</sup> “Silence – on something that may prove false, obtuse or excessively contentious – can help minimize conflict, allow the present to learn from the future, and save a great deal of time and expense. In law as elsewhere, what is said is no more important than what is left unsaid.”

Portanto, assegura Sunstein (1998), a não ser que os compromissos assumidos por uma sociedade sejam baseados em erros facilmente demonstráveis ou violem a dignidade humana<sup>151</sup>, não devem ser contestados pelos juízes.

### **3.4.1 Os acordos parcialmente teorizados como instrumentos de decisões judiciais minimalistas**

Pela perspectiva da democracia deliberativa, Sunstein (1998; 2001b) reafirma o valor e a onipresença dos acordos parcialmente teorizados, por meio dos quais os tribunais devem, sempre que possível, preferir uma atuação que prime por uma interferência mínima na solução de casos concretos<sup>152</sup>, evitando tocar em questões mais abstratas e amplas.

Esse argumento se justifica por diversas razões. Em primeiro lugar, os acordos parcialmente teorizados apresentam, por definição, a vantagem de permitir a convergência sobre decisões específicas em face de desacordos sobre princípios mais abstratos, reduzindo os custos políticos da decisão. É que, como aponta Sunstein (1998, p. 41):

Se os juízes não levam em consideração teorias mais abstratas, os que perdem, em casos concretos, perdem muito menos. Eles perdem uma decisão, mas não perdem seu mundo. Eles podem vencer em

---

<sup>151</sup> Reforce-se, neste ponto, o que já se disse acerca da compreensão adequada da democracia. Sunstein (2001a) aponta para o fato de que a democracia possui uma moralidade interna que exige a proteção constitucional dos direitos individuais, como o direito de liberdade e o direito à igualdade. Portanto, a democracia protege os direitos, limitando o poder de decisão das majorias.

<sup>152</sup> Em termos de argumentação legal, a analogia é vista por Sunstein (1998) como um recurso perfeitamente adequado porque permite que acordos parcialmente teorizados sejam produzidos na decisão das questões particulares. Isso se dá porque o pensamento analógico dispensa a aplicação de teorias profundas e abstratas, requerendo, simplesmente, um princípio que opere em um nível mais elementar de abstração. A crença, por exemplo, de que o discurso político não pode ser regulado pode não ser tão facilmente explicada com base em uma teoria de grande profundidade e abrangência, mas os atores do Direito recorrem à analogia para a solução dos casos que se apresentam. Dessa forma, afirmar que uma marcha do partido nazista não pode ser impedida, significa dizer que o discurso político não pode ser banido, a não ser que haja um perigo de dano iminente. Mas esse julgamento não requer o conhecimento ou a aplicação de nenhuma teoria ampla sobre os propósitos da liberdade de expressão ou sobre a melhor relação que se deve estabelecer entre o Estado e o cidadão.

outra ocasião. A sua teoria não foi rejeitada ou considerada inadmissível.<sup>153</sup>

Essa vantagem está relacionada não somente com a necessidade de solucionamento dos casos, mas também com a estabilidade social, que estaria comprometida se os desacordos surgissem a cada disputa pública ou privada. De mais a mais, do ponto de vista da liberdade e da estabilidade, é benéfico que um sistema legal possa operar de forma a permitir que os vencidos nas disputas judiciais acreditem que suas convicções mais profundas poderão, em algum momento, ser relevantes para o Direito.

Uma segunda razão alude ao fato de que acordos parcialmente teorizados promovem dois objetivos de uma democracia deliberativa e de um sistema legal liberal: permitem que as pessoas convivam e, sobretudo, permitem que elas mostrem uma medida de reciprocidade e de mútuo respeito, umas para com as outras<sup>154</sup>. O respeito recíproco mostra-se indispensável diante do fato da falibilidade humana e da transitoriedade das verdades.

Em face de suas características, os acordos parcialmente teorizados possuem a importante vantagem de permitir um amplo grau de abertura para novos fatos e perspectivas, já que acabam promovendo a ampliação do debate público das questões mais controvertidas.

O ponto central a se considerar é que um julgamento totalmente teorizado sobre tais questões apresentaria muitas vantagens se estivesse correto. O problema reside no fato de que a correção dos julgamentos não é sempre provável quando se refere a seres humanos, aí incluídos, obviamente, os juízes. Especialmente em face de que as concepções humanas tendem a mudar de forma profunda e muito significativa ao longo do tempo<sup>155</sup>, é irrazoável a adoção de uma concepção amplamente teorizada de questões pontuais. (SUNSTEIN, 1998).

---

<sup>153</sup> "If judges disavow large-scale theories, then losers in particular cases lose much less. They lose a decision, but not the world. They may win on another occasion. Their own theory has not been rejected or ruled inadmissible."

<sup>154</sup> A deliberação pública requer, para o seu adequado funcionamento, a presença de um conjunto de qualidades moralmente importantes nos participantes do debate: racionalidade, autonomia e respeito pelos demais. (CHRISTIANO, 1997).

<sup>155</sup> O princípio constitucional da igualdade serve como exemplo e ilustração. Desde a sua afirmação na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, o princípio da igualdade experimentou profunda evolução. A igualdade formal, originalmente proclamada, mostrou-se, com o decorrer do

Confirma-se, portanto, que um julgamento completamente teorizado seria incapaz de acomodar todas as mudanças de fatos e valores que são, indiscutivelmente, inerentes ao processo de evolução e ao progresso de uma sociedade. Se a cultura legal pudesse atingir um estado teórico final, tornar-se-ia rígida e calcificada; fazendo acreditar que tudo já foi pensado – o que seria um desserviço à posteridade. (SUNSTEIN, 1998).

Nessa senda, não é papel dos tribunais, em uma democracia deliberativa, oferecer respostas completamente teorizadas, em parte porque a sociedade deve aprender com o tempo e em parte porque a compreensão da sociedade sobre fatos e valores – e em certo sentido sua própria identidade – pode variar de forma imprevisível.

Há uma terceira ponderação a ser feita. Esta, talvez, de caráter mais prático. Os acordos parcialmente teorizados podem ser a melhor estratégia a ser utilizada por pessoas, no caso os juízes, com tempo e capacidades limitados. Isso porque uma teorização profunda exigiria recursos que nem sempre estão disponíveis.

Tem-se, ainda, uma quarta razão a considerar: os acordos parcialmente teorizados se adaptam bem a sistemas legais que reconhecem a imperatividade dos precedentes. É inegável a inviabilidade de se recorrer a teorias profundas e abstratas para apresentar o fundamento de cada uma das decisões que se prolate, sobre os diversos casos postos sob julgamento, diante do comando constitucional de acolhimento das súmulas vinculantes, por exemplo.

Uma teorização profunda exige o atingimento de um grau de coerência que nem sempre pode ser alcançado sem a desconsideração dos casos previamente decididos<sup>156</sup>.

---

tempo, insuficiente para acomodar as exigências impostas para a concreção real do princípio, impondo-se, assim, o reconhecimento da igualdade material. Contemporaneamente, percebe-se o princípio da igualdade como um verdadeiro comando anticastas, o que pode ser conferido em SUNSTEIN, Cass R. *Designing democracy: what constitutions do*. New York: Oxford University Press, 2001, p. 155-182.

<sup>156</sup> Se cada juiz pretendesse alcançar uma teorização profunda nas suas decisões, explica Sunstein (1998), os precedentes poderiam vestir-se, no máximo, da condição de julgamentos a serem apreciados na análise dos casos em litígio e que estariam sujeitos à revisão do juiz, sempre que entrassem em conflito com qualquer crença, fosse ela geral ou particular.

A fundamentação das decisões sobre teorias abstratas levaria, invariavelmente, a uma necessidade permanente de revisão das súmulas sempre que entrassem em conflito com as convicções do juiz, em face do caso posto para julgamento. Aí reside a vantagem dos acordos parcialmente teorizados, que dispensam a necessidade de teorização e conferem maior estabilidade ao sistema legal, cujo pano de fundo é a dissonância com relação aos princípios.

Há, finalmente, outro ponto, um pouco mais abstrato. Partindo-se da premissa de que a moralidade humana reconhece uma infinidade de concepções de bem, todas elas irreduzivelmente diversas, é forçoso concluir que não poderão ser acomodadas sob um único valor condutor. O mesmo se verifica com relação aos valores morais que se refletem no Direito. Portanto, qualquer teoria genérica que se pretenda pautar sobre um único valor para justificar uma determinada área do Direito, diga-se o direito à liberdade de expressão ou o direito à propriedade<sup>157</sup>, não será suficiente para abarcar toda a gama de valores envolvidos e que merecem consideração. (SUNSTEIN, 1998).

Mesmo uma teoria abstrata que rejeitasse uma concepção única de valor e apontasse em direção a valores plurais, ou mesmo que os atores do sistema legal fossem capazes de descrever, em nível altamente abstrato, um grande rol de valores dissonantes e usar esses valores para aferir os direitos, haveria uma inafastável dificuldade prática com essa abordagem. Tal dificuldade alude exatamente ao fato de que existem sérios desacordos sociais sobre como descrever ou especificar melhor os valores relevantes. (SUNSTEIN, 1998).

Nessa ordem de ideias, é possível afirmar, ao menos, que os julgamentos parcialmente teorizados são adequados a um universo moral que é diverso e pluralístico, não somente no sentido de que as pessoas discordam, mas também no sentido de que colocam cada um dos atores do sistema legal em sintonia com o pluralismo.

---

<sup>157</sup> O direito à liberdade de expressão promove não apenas a democracia, mas também a autonomia pessoal, o progresso econômico, o desenvolvimento humano, assim como outros objetivos. Da mesma forma, o direito de propriedade não é somente importante para a prosperidade econômica, mas também para a democracia e a autonomia. Em face da diversidade de valores envolvidos em cada uma das questões, é improvável que as pessoas sejam capazes de apreciá-los, todos, e descrevê-los com especificidade no exame das diversas lides trazidas a julgamento, sem que sejam investigadas detalhadamente.

Neste ponto, não se pode deixar de registrar que Sunstein (1998) não recusa a importância de uma teorização mais profunda. O autor reconhece, inclusive, que nem sempre os acordos parcialmente teorizados merecem reverência. As virtudes desses acordos são parciais e alguns deles podem se revelar até mesmo injustos. Se um julgamento é mais profundamente teorizado, ele provavelmente fornecerá às partes envolvidas elementos de convencimento mais robustos e consistentes. Além disso, um julgamento fundado em profunda teorização pode se mostrar necessário para prevenir alguma inconsistência ou tendenciosidade na prolação de uma decisão.

Portanto, se os membros de um colegiado podem, de fato, concordar com uma determinada teoria geral e se estão realmente comprometidos com ela, devem aplicá-la. Tanto os julgadores quanto a própria comunidade se beneficiarão das vantagens produzidas em virtude da discussão dos motivos que fundam as decisões teorizadas. O autor admite, no entanto, haver uma evidente distinção entre o papel que desempenha uma teoria mais abstrata, no interior das câmaras judiciais, e o papel desta mesma teoria dentro das esferas políticas do governo – o legislativo, por exemplo.

O fato é que arenas mais democráticas, como é o caso do poder legislativo, possuem uma conformação natural mais apropriada para a utilização de teorias mais abstratas no processo de suas decisões. Isso porque essas teorias são partes importantes da discussão democrática e podem desempenhar um papel impactante nos movimentos sociais. Muitas vezes, elas são publicamente ratificadas e inseridas nas constituições.

Em contraste, dentro dos tribunais – arenas de feição menos democrática –, o desenvolvimento de teorias profundas pode se mostrar problemático. A principal razão para isso é que o recurso a tais teorias pode requerer reformas sociais de larga escala, tanto que os tribunais terão grande dificuldade de implementá-las. Ao invocarem uma teoria abstrata e profunda como base para a instauração de mudanças sociais, os tribunais correm um grande risco de falhar, pelo simples fato de que não possuem os meios necessários para a realização de tais mudanças. Sob este aspecto, os parlamentos estão em posição muito mais favorável, já que, em face de suas características, confrontam-se com um rol de argumentos e informações muito mais amplo. (SUNSTEIN, 1998).

Importante considerar, todavia, que, o argumento de que os tribunais não são eficientes na produção de mudanças sociais de larga escala configura uma generalização e, não se aplica, por exemplo, àquelas decisões judiciais que possuem um forte fundamento moral e legal. Esse tipo de decisão pode estar anunciando um princípio fundamental que não pode ser contrariado pelo simples fato de que os tribunais não possuem condições de implementá-lo.

Essencialmente, o ponto central que ora se enfatiza é a relevância que adquirem os acordos parcialmente teorizados em instituições com reduzido *pedigree* democrático. De par com isso, o disciplinamento dos julgamentos judiciais se faz necessário em razão do lugar, ao mesmo tempo modesto e complexo, que os tribunais ocupam em qualquer sistema constitucional democrático<sup>158</sup>. Conforme Sunstein (1998), a maior parte da atividade judicial requer princípios elementares para a solução dos casos<sup>159</sup>. Na verdade, o próprio argumento constitucional baseia-se, largamente em princípios elementares e não em teorias abstratas. Em vista disso, afirma haver boas razões para o favorecimento de princípios mais concretos. Entre essas razões, destaca: a limitada capacidade dos juízes, a necessidade de desenvolvimento dos princípios ao longo do tempo e o fracasso de teorias monistas do Direito.

Finalmente, deve-se acrescentar que os acordos parcialmente teorizados, além de perfeitamente adequados ao poder judiciário, são valiosos para uma sociedade que busca evolução moral e progresso ao longo do tempo. Eles têm a vantagem de permitir uma grande abertura para novos fatos e perspectivas. Em um mundo onde nada é perpétuo, em que as situações de vida, os valores, os costumes mudam com excepcional velocidade, uma concepção “completamente” teorizada de um sistema legal não faria muito sentido. (SUNSTEIN, 2001a).

---

<sup>158</sup> Sunstein (1998, p. 46) se refere a *well-functioning democratic constitutional systems*.

<sup>159</sup> Há autores, como Ackerman (1993; 1998) e Dworkin (2000; 2006), que acreditam que a atividade judicial é bem caracterizada com referência à utilização de princípios fundamentais e recurso a teorias abstratas, considerados como parte da constituição democraticamente ratificada. No desempenho da função de interpretar a constituição, Sunstein (1998) compreende que em algumas ocasiões essa prática é, de fato, legítima. O autor não pretende identificar essas ocasiões, considerando que isto demandaria o desenvolvimento de uma completa teoria sobre interpretação legal. Seu objetivo é mais modesto, pois insiste no fato de que a maior parte da atividade do juiz favorece acordos parcialmente teorizados pois não requer a aplicação de teorias profundas.

### 3.4.2 Acordos parcialmente teorizados e consenso sobreposto: aproximação e distanciamento

Rawls (2005) supõe que uma sociedade democrática seja caracterizada por três fatos gerais. O primeiro deles – o fato do pluralismo<sup>160</sup> – é que a diversidade de doutrinas compreensivas morais, filosóficas e religiosas constitui uma característica permanente da cultura política democrática. Assim, afirma o autor: “Sob condições sociais e políticas asseguradas pelos direitos e liberdades básicas de instituições livres, uma diversidade de doutrinas compreensivas conflitantes e irreconciliáveis – e mais razoáveis – irá emergir e persistir”. (RAWLS, 2005, p. 36)<sup>161</sup>. O segundo fato, relacionado ao primeiro, é que um entendimento partilhado e permanente de uma única doutrina compreensiva só pode ser sustentada pelo uso opressivo da força estatal. Trata-se do fato da opressão, eis que uma sociedade na qual todos afirmam a mesma doutrina razoável não se manterá por muito tempo sem o uso da força do Estado. O terceiro fato refere que um regime democrático estável e duradouro, que não seja dividido por doutrinas antagônicas nem por hostilidade de classes, deve ser desejado e livremente apoiado por pelo menos uma maioria substancial dos seus cidadãos politicamente ativos. Isso significa dizer que, para servir de base para justificar um regime constitucional, uma concepção política de justiça deve poder ser endossada por uma gama de doutrinas compreensivas diferentes e opostas, porém razoáveis.

Porque não há uma única doutrina moral, filosófica ou religiosa razoável<sup>162</sup> que seja reconhecida por todos os cidadãos, Rawls (2005) reafirma que

---

<sup>160</sup> Rawls (2005) faz distinção entre o fato do pluralismo, simplesmente, e o fato do pluralismo razoável. Segundo o autor, o pluralismo razoável se refere ao fenômeno de que instituições livres tendem a gerar, não meramente uma variedade de doutrinas e pontos de vista, mas, ao contrário, que entre estas visões se desenvolverá uma diversidade de doutrinas compreensivas razoáveis. Essas são as doutrinas que cidadãos razoáveis afirmam e com as quais o liberalismo político deve se preocupar. Não se trata apenas da emergência de interesses egoístas ou de classe, ou da tendência das pessoas de enxergarem o mundo a partir de uma perspectiva limitada. Ao contrário, elas são parte do trabalho da razão livre, inserida no contexto de instituições livres.

<sup>161</sup> “Under the political and social conditions secured by the basic rights and liberties of free institutions, a diversity of conflicting and irreconcilable – and what’s more, reasonable – comprehensive doctrines will come about and persist.”

<sup>162</sup> Considera-se como uma doutrina compreensiva razoável aquela que envolve todos os valores e virtudes reconhecidos em um sistema precisamente articulado, ou seja, abrange os maiores aspectos



a concepção de justiça adequada a uma sociedade democrática bem ordenada<sup>163</sup> deve ser limitada ao “domínio do político” e seus valores.

É importante mencionar, neste ponto, que o liberalismo político de Rawls (2005) não exige que todas as pessoas de uma sociedade aceitem a mesma doutrina compreensiva, mas que adotem a mesma concepção pública de justiça. Para o autor, essa ideia de justiça é independente das doutrinas razoáveis<sup>164</sup> de cada indivíduo e pode ser alcançada pelo consenso sobreposto. Para que isso ocorra é essencial que se tenha clareza, no debate político, do que integra a esfera privada – o que é despolitizado<sup>165</sup> – e do que integra a esfera pública. Dessa forma, o desacordo ficaria restrito à esfera privada, possibilitando o acordo por meio de consenso sobreposto razoável e duradouro, na esfera pública.

Assim sendo, é no consenso sobreposto de doutrinas compreensivas razoáveis que Rawls (2005)<sup>166</sup> encontra a resposta para a questão de saber como cidadãos com convicções filosóficas, morais e religiosas tão profundamente

religiosos, filosóficos e morais da vida humana, de uma maneira mais ou menos consistente e coerente. (RAWLS, 2005).

<sup>163</sup> Rawls (2005) concebe uma sociedade bem ordenada por uma concepção política de justiça quando os cidadãos que defendem doutrinas compreensivas razoáveis e opostas participam de um consenso sobreposto e quando as doutrinas compreensivas não razoáveis não alcançam magnitude suficiente para comprometer o sentido essencial de justiça na sociedade.

<sup>164</sup> Rawls (2005) sugere que o desacordo de doutrinas compreensivas razoáveis é consequência do que ele denomina de *burdens of judgment*, ou seja, as fontes do desacordo. Para o autor, algumas dessas fontes são: a dificuldade de aferir as evidências empíricas ou científicas em que um dado caso concreto se baseia; em virtude da sua complexidade e conflituosidade; o fato de que, mesmo quando se concorda com quais são as considerações relevantes, pode haver descordo sobre o peso que deve ser atribuído a tais considerações e, portanto, é possível se chegar a juízos distintos; a indeterminação e vagueza de conceitos leva a julgamentos e interpretações divergentes; a avaliação das evidências e o peso dos valores morais e políticos de cada pessoa são determinados, em alguma medida, pela sua experiência de vida; e as experiências de cada um são diferentes; é difícil ter-se uma visão plena e total das questões; e, os valores admitidos em um sistema de instituições sociais são limitados, causando dificuldades em se determinar quais são os valores prioritários. Por outro lado, são fontes de desacordo desarrazoado, o preconceito, a parcialidade, os interesses egoístas e de grupo, a ignorância e a inflexibilidade.

<sup>165</sup> Nesse sentido, tudo o que diz respeito a crenças morais, filosóficas ou religiosas deve ser retirado do debate público, que deverá gravitar em torno de questões essencialmente políticas.

<sup>166</sup> Um dos objetivos do liberalismo político é especificar o domínio político e sua concepção independente de justiça, de um modo que suas instituições possam ganhar sustentação em um consenso sobreposto. Nessa hipótese, acredita Rawls (2005), os cidadãos podem, no exercício de sua liberdade de pensamento e consciência, e em vista de suas doutrinas compreensivas, enxergar a concepção política como derivada de, ou congruente com, ou ao menos não em conflito com seus outros valores. Ou seja, deixa-se a cada cidadão, individualmente, que determine como os valores do político irão se relacionar com os outros valores de suas doutrinas compreensivas. Em virtude da redução do conflito entre o político e os outros valores é que o consenso sobreposto se torna viável.

divergentes podem manter uma sociedade democrática estável e justa. Nesse consenso, as doutrinas razoáveis endossam uma concepção política, cada qual a partir de seus próprios pontos de vista<sup>167</sup>.

Para a factibilidade do consenso é necessário, repita-se, que se retirem da vida pública as concepções morais e filosóficas que habitualmente são utilizadas no debate de questões políticas fundamentais. A razão pública – cidadãos deliberando racionalmente em fórum público sobre questões constitucionais essenciais e questões de justiça fundamentais – é mais bem guiada por uma concepção política de princípios e valores que todos os cidadãos podem endossar. Tal é o que pretende alcançar o liberalismo político: uma concepção política de justiça que possa ganhar o apoio de um consenso sobreposto das mais diversas doutrinas filosóficas, morais e religiosas em uma sociedade por ela regulada. Essa concepção é a de justiça como equidade, que pode ser compartilhada como a base de um acordo político racional e informado, independentemente das doutrinas conflitantes que os cidadãos defendam. (RAWLS, 2000; 2005).

Tudo isso considerado, é possível se estabelecer uma relação de simetria entre a ideia de consenso sobreposto e a ideia de acordos parcialmente teorizados, ainda que sejam conceitos distintos e apresentem soluções legais diferentes para o problema do pluralismo.

De fato, a concepção de Rawls (2005) de que uma democracia constitucional deve procurar estabelecer um consenso sobreposto razoável com relação a certos princípios políticos básicos, permitindo que as pessoas, a partir de fundamentos diversos, possam concordar acerca de tais princípios, cria uma perspectiva pela qual se pode identificar certa semelhança entre a ideia do consenso sobreposto e a noção dos acordos parcialmente teorizados: ambos objetivam alcançar estabilidade e convergência social em face da diversidade de visões compreensíveis. Conforme registra Sunstein (1998), as pessoas podem concordar com os mesmos princípios políticos, apesar de partirem de pontos de vista distintos.

---

<sup>167</sup> Nas palavras de Rawls (2005, p. 150): “ We try, so far as we can, neither to assert nor to deny any particular comprehensive religious, philosophical, or moral view, or its associated theory of truth and the status of values. Since we assume each citizen to affirm some such view, we hope to make it possible for all to accept the political conception as true or reasonable from the standpoint of their own comprehensive view, whatever it may be.”

Outro aspecto a destacar alude a que um dos principais objetivos do liberalismo político é garantir que, operando a partir de perspectivas diversas, os cidadãos sejam capazes de ratificar, como legítimas, certas práticas do poder político. Vê-se, com isso, que ao desenvolver a ideia do consenso sobreposto, Rawls (2005) está preocupado especificamente com o problema do pluralismo social. O autor sugere que o consenso sobreposto pode representar um meio de permitir que os indivíduos de uma sociedade possam conviver e ao mesmo tempo demonstrar reciprocidade e respeito mútuo em meio a desacordos básicos. Essa é exatamente a ideia que justifica o recurso aos acordos parcialmente teorizados, identificando-se aí uma segunda semelhança entre as duas noções ora analisadas.

Na concepção de Sunstein (1998), o pluralismo social e o problema do desacordo legítimo fazem com que tais acordos sejam altamente desejáveis.

Não obstante as semelhanças apontadas, as duas ideias não se confundem. A solução legal e inovadora oferecida pelos acordos parcialmente teorizados para o problema do pluralismo é produzir acordos em questões particulares concretas, sob a premissa de que as pessoas que discordam com relação a princípios gerais e abstratos podem concordar com decisões tomadas em face de casos individuais. O desacordo acerca de abstrações pode ser frequentemente resolvido com um movimento em direção a um nível de maior concretude. Nesse sentido, “quando discordamos sobre o que é relativamente abstrato, podemos, com frequência, encontrar o acordo se nos movermos para níveis de menor generalidade”<sup>168</sup>. (SUNSTEIN, 1998, p. 47).

A solução proposta por Rawls (2005) parte de um ângulo totalmente oposto. Sua premissa é a de que pessoas que discordam sobre tudo podem atingir o consenso se passarem a racionalizar em termos de abstrações políticas. O acordo alcançado, por sua vez, pode servir para a consecução de objetivos políticos comuns. Sendo assim, em meio a acirradas disputas, um movimento em direção a uma discussão mais abstrata pode ser o caminho para a convergência, uma forma de continuar a discussão pública quando os entendimentos compartilhados de menor generalidade falharam.

---

<sup>168</sup> “When we disagree on the relatively abstract, we can find agreement by moving to lower levels of generality”.

Sunstein (1998) aceita que os desacordos sobre problemas concretos podem conduzir a discussão pública a um nível maior de abstração como forma de atingir um entendimento. Da mesma maneira, acredita ser possível que cidadãos com concepções de vida distintas possam atingir um consenso de sobreposição acerca de uma concepção política de justiça, incluindo, por exemplo, a liberdade de expressão e o direito de votar. O próprio constitucionalismo – uma forma de acordo parcialmente teorizado – se torna possível por esta via mais abstrata, que deixa espaço para as necessárias especificações dos direitos que abrange. Por outro lado, em inúmeras ocasiões, as pessoas têm problemas com abstrações, razão porque se reforça a utilidade e a adequação dos acordos parcialmente teorizados.

Um objetivo especial da aplicação do acordo parcialmente teorizado sobre uma situação concreta é obter consenso acerca de uma questão particular entre pessoas que não desejam ou não são capazes de decidir questões de filosofia política. Segundo Sunstein (1998, p. 48), é exigir demais que cidadãos comuns – nesta categoria compreendidos os juízes – decidam quais tipos de abstrações endossam ou como chegar a um entendimento completo sobre tudo que está envolvido em suas crenças mais abstratas. Isso porque:

Em uma sociedade liberal, cujo compromisso é permitir que pessoas com diferentes concepções de vida possam conviver com respeito mútuo, a estratégia Rawlsiana pode se chocar com confusão, limitações de tempo e capacidade. [...] os atores de uma cultura legal normalmente buscam acordo sobre o que fazer ao invés de acordos sobre como pensar. Quando eles atingem esses acordos a partir de perspectivas diversas, promovem objetivos liberais de uma maneira que apresenta algumas vantagens particulares<sup>169</sup>. (SUNSTEIN, 1998, p. 48).

Por outro lado, algumas abstrações relacionadas com liberdade e igualdade serão necessárias para limitar “o conjunto permissível de acordos parcialmente teorizados”<sup>170</sup>, pois de outra forma não há como se garantir que um acordo parcialmente teorizado seja justo. (SUNSTEIN, 1998, p.48).

---

<sup>169</sup> “In a liberal society committed to allowing people of different fundamental views to live together with mutual respect, the Rawlsian strategy may run up against confusion, limitations of time and capacity [...] participants in a liberal legal culture often seek agreement on what to do rather than exactly what to think”.

<sup>170</sup> “[...] permissible set of incompletely theorized agreements”.

Desse modo, e em face da necessidade de que o sistema jurídico-político seja estruturado de tal maneira que se oponha a acordos injustos, Sunstein (1998) afirma expressamente que algum movimento em direção a Rawls (2005) deverá ser feito.

### 3.4.3 A disputa com Hércules

Dworkin (2006) é um crítico contundente dos acordos parcialmente teorizados e os considera totalmente impraticáveis. Como contraponto sugere uma abordagem teorizada do Direito e propugna por um alto grau de consciência teórica em termos de julgamento.

O sentido da argumentação legal é justamente buscar fundamentos para os problemas legais concretos, em uma gama de princípios legais ou de moralidade política. Na prática, Dworkin (2006, p. 50) entende que:

[...] não se pode pensar sobre respostas corretas para questões legais, a menos que se tenha refletido ou se esteja pronto para refletir sobre um vasto, complexo e abrangente sistema de princípios teóricos acerca da natureza das normas de responsabilidade civil, por exemplo, ou sobre o caráter da liberdade de expressão em uma democracia, ou sobre a melhor compreensão do direito à liberdade de consciência ou de decisões éticas pessoais<sup>171</sup>.

O desacordo legal a respeito de uma questão difícil é na verdade um desacordo sobre qual seja a sua melhor interpretação. Uma melhor interpretação é compreendida em termos de ser a mais adequada à prática legal de uma comunidade. Quer dizer: em Direito, a interpretação representa um esforço para fazer do texto o melhor possível. (DWORKIN, 2006).

Portanto, qualquer argumento legal é, em tese, vulnerável ao que Dworkin (2006) denomina de justificação progressiva (*justificatory ascent*). Um argumento legal considerado indiscutível pode, a qualquer tempo, tornar-se suscetível de

---

<sup>171</sup> “In practice, you cannot think about the correct answer to questions of law unless you have thought through or are ready to think through a vast over-arching theoretical system of complex principles about the natures of tort law, for example, or about the character of free speech in a democracy, or about the best understanding of the right to freedom of conscience and of personal ethical decisions.”

dúvida e ser ameaçado por um princípio novo mais abstrato. Como não é possível antecipar quando isso irá ocorrer, não se pode, *a priori*, pretender rechaçar o uso de uma alternativa mais teorizada para servir de base para a interpretação legal. Isso porque a inconsistência de princípios teóricos que serviram de fundamento para a interpretação legal representa violação à igualdade que deve reger a relação entre os membros de uma comunidade. Essa é a concepção de Direito como integridade<sup>172</sup> de Dworkin (2006; 2007).

Segundo Sunstein (1998), sob o enfoque desta concepção, os juízes tentam adaptar seus julgamentos ao material legal preexistente e, ao mesmo tempo, invocam princípios para atribuir-lhe a melhor significação. O objetivo do juiz é, portanto, analisar o caso em estudo sob duas dimensões: adequação e justificação.

É desse modo que Hércules aborda o Direito – em sua integralidade e a partir de uma percepção exterior. Ao contrário de Hércules, juízes ordinários possuem uma percepção muito mais limitada do Direito, não somente pelo tempo, mas também pelos argumentos que têm disponíveis. Diferentemente da abordagem utilizada por Hércules, *outside-in*, os juízes realizam uma interpretação *inside-out*<sup>173</sup>, no sentido de que partem do caso concreto e se vinculam ao material legal existente<sup>174</sup>, tentando organizá-lo de modo coerente.

Na maior parte das vezes, afirma Dworkin (2006), os julgadores não terão necessidade nem tempo de recorrer a princípios teóricos mais profundos e abstratos. Todavia, o ponto central de sua crítica ao que denomina a “Escola de Chicago”<sup>175</sup> é que a argumentação legal pressupõe um grande domínio de

---

<sup>172</sup> A integridade no Direito possui três dimensões: i) uma decisão judicial envolve uma questão de princípio que seja consistente com decisões anteriores não revistas e com decisões que os tribunais estejam preparados para aceitar em circunstâncias hipotéticas; ii) a decisão deve satisfazer um requisito formal de ajuste ou adequação; iii) a decisão deve satisfazer um requisito substantivo de justificação ou aceitabilidade moral. (DWORKIN, 1978; 2007).

<sup>173</sup> O heróico juiz Hércules, em razão de seus maravilhosos talentos, não pensa o Direito partindo dos problemas concretos para os problemas mais abstratos, como o fazem os juízes ordinários – por meio de uma abordagem *inside-out*. Sua abordagem é diferente; ela parte de fora para dentro - *outside-in*. Antes que Hércules se depare com seu primeiro caso, ele é capaz de construir uma teoria amplamente abrangente, que serve à solução de todos os problemas. Ele está apto, afirma Dworkin (2006), a resolver todas as questões de metafísica, epistemologia, ética, moralidade e moralidade política. Hércules pode decidir, por exemplo, sobre o que a justiça e a equidade requerem, e sobre o melhor significado da liberdade de expressão.

<sup>174</sup> Dworkin (2006) reconhece esse fato expressamente.

<sup>175</sup> Para enfrentar os argumentos antiteóricos e confrontá-los com sua abordagem teórica do Direito, Dworkin (2006) elege a Escola de Chicago como foco e, em especial, Richard Posner e Cass R.

justificação, incluindo princípios muito abstratos de moralidade política e que não existem elementos que possam, no atacado e antecipadamente, refutar o recurso a uma teoria mais complexa, em termos de interpretação legal. A necessidade de se utilizar um argumento mais teorizado, às vezes, só surge depois de muita reflexão sobre o problema concreto que demanda a decisão judicial.

É importante anotar, no confronto que se pretende fazer entre a teoria dworkiniana e a proposta de Sunstein (1998), que na visão de Dworkin (2007) os juízes, ao decidirem casos concretos, estão inicialmente vinculados ao material legal existente, seja ele jurisprudencial ou legal, devendo enfeixá-lo de forma consistente.

Em vista disso, Sunstein (1998) conclui que a sugestão de Dworkin (2007) aponta no sentido de que os juízes não devem impor as próprias teorias. Ao contrário, devem buscar a justificação das suas decisões no material que possuem. Sendo assim, parece correto afirmar que na teoria de Dworkin (2007) há um apelo aos acordos parcialmente teorizados, já que o recurso aos precedentes é uma grande parte destes acordos.

Contudo, Dworkin (2006) não defende os acordos parciais. Ao contrário, sua visão teorizada do Direito requer que os juízes recorram a teorias profundas como alicerce para suas decisões. Em contrapartida, Sunstein (1998) propugna que teorias amplas e abstratas acerca de moralidade e de política moral não fazem parte do cotidiano dos juízes e que, por isto, não estão preparados para enfrentá-las. Além disso, Sunstein (1998) acredita que teorias desse calibre impedem que as pessoas que discordam sobre princípios mais genéricos possam atingir o consenso em casos particulares.

Dworkin (2006; 2007) descreve as diferenças entre Hércules e julgadores ordinários como diferenças na direção e no nível de ambição das suas reflexões, mas não reconhece diferenças com relação ao material sobre o qual eles refletem ou com relação à natureza da sua reflexão.

A partir da perspectiva de Sunstein (1998), porém, o juiz ordinário não é um Hércules com menos tempo mas uma figura completamente diferente. Suas decisões são baseadas em material muito distinto daquele utilizado por Hércules e

---

Sunstein, como seus representantes. Segundo sua percepção, os argumentos utilizados contra a aplicação de teorias abstratas em termos de argumentação legal podem ser ordenados em três categorias: argumentos metafísicos, argumentos pragmáticos e argumentos profissionais.

possuem características também diversas. São decisões menos teorizadas, não apenas em razão de limites de tempo e de capacidade, mas também em razão da variedade de juízos morais presentes em uma sociedade pluralista.

Para justificar o fato de que juízes ordinários procuram não se envolver em teorizações políticas abstratas, Sunstein (1998, p. 50) entende que isto ocorre por diversas razões:

Eles evitam esse tipo de teorização porque demanda tempo demais e porque pode ser desnecessária; porque podem falhar já que não guardam proximidade com os casos reais; porque normalmente impedem as pessoas de se inter-relacionarem; e, ainda, porque uma teorização genérica pode parecer ou, de fato, ser desrespeitosa na medida em que coloca as pessoas em uma situação de enfrentamento desnecessário, com relação a suas convicções morais mais profundas e particulares<sup>176</sup>.

Cumprindo ainda referir que Sunstein (1998) corrobora a ideia de que decisões judiciais sobre os juízos de valor de uma sociedade devem ser evitadas. Os tribunais não devem imiscuir-se em questões constitucionais, a menos que sejam absolutamente necessárias para o solucionamento do caso que está sendo analisado.

Além disso, em muitos contextos os juízes não serão capazes de saber se uma teoria aparentemente consistente é de fato uma boa teoria e se a sua aceitação poderá criar um risco excessivo de erros futuros. O que se propugna então, é uma atuação dos juízes que opere em um nível mais concreto do que abstrato e que seja parcialmente teorizada<sup>177</sup>.

---

<sup>176</sup> “They avoid such theorizing because it takes too much time and may be unnecessary; because it may go wrong insofar as it operates without close reference to actual cases; because it often prevents people from getting along at all; and because general theorizing can seem or be disrespectful, insofar as it forces people to contend, unnecessarily, over their deepest and most defining moral commitments”.

<sup>177</sup> Impende, aqui, referir, que uma concepção parcialmente teorizada do Direito não dispensa a motivação das decisões. Quando o juiz de Sunstein (1998; 2001b) emite uma opinião que é parcialmente teorizada, ele deve demonstrar alguma razão ou princípio que justifique aquele resultado e não outro. O juiz não pode, simplesmente, anunciar um vencedor, deve apresentar um motivo razoável.



### 3.5 TEORIZAÇÃO PARCIAL *VERSUS* PROGRESSÃO CONCEITUAL OU TEORIZAÇÃO PARCIAL E PROGRESSÃO CONCEITUAL?

A teorização parcial do Direito apresenta inúmeros benefícios práticos os quais justificam e recomendam a sua utilização: redução do custo político das decisões, economia de tempo e de recursos, facilitação do processo de convergência e demonstração de respeito mútuo.

Embora se realce as muitas vantagens dessa forma de abordagem em matéria de argumentação legal, não se pode deixar de reconhecer que um julgamento parcialmente teorizado pode, ao mesmo tempo, estar equivocado ou significar a abertura de lacunas no sistema jurídico, tornando-o inconsistente ou incoerente.

Tendo em conta que as virtudes dos acordos parcialmente teorizados não são absolutas, Sunstein (1998) se esforça para deixar claro que não pretende oferecer uma alternativa definitiva à abordagem teórica do Direito, eis que:

Alguns casos não podem seguir ser decididos sem que se introduza um nível razoável de teorização. Além disso, outros não podem ser bem decididos sem a introdução de uma teoria. Se uma boa teoria está disponível e se os juízes estão convencidos de que a teoria é boa, não deve haver nenhum tabu quanto à sua aceitação. Os argumentos em favor dos acordos parcialmente teorizados são mais presuntivos do que conclusivos [grifo do autor]. (SUNSTEIN, 1998, p. 54)<sup>178</sup>.

Assim, é certo dizer que Sunstein (1998; 2001a) não endossa uma versão forte da abordagem parcialmente teorizada do Direito, ou seja, de que os acordos parcialmente teorizados são sempre a melhor alternativa e que as teorias abstratas são sempre ilegítimas. Ao contrário, o autor propõe um argumento mais modesto, como ele próprio afirma, porém, de valor central em face das características

---

<sup>178</sup> “Some cases cannot be decided *at all* without introducing a fair amount in the way of theory. Moreover, some cases cannot be decided *well* without introducing theory. If a good theory is available and if judges can be persuaded that the theory is good, there should be no taboo on its judicial acceptance. The claims on behalf of incomplete theorized agreements are presumptive rather than conclusive”. Este é um ponto duramente criticado por Dworkin (2006) destacando que a abordagem teórica, exatamente como quer Sunstein (1998), recomenda que os juízes recorram a teorias mais abstratas somente quando tiverem razões especiais para fazê-lo.

peculiares de que são revestidos os órgãos do poder judiciário em um sistema legal democrático.

Não se trata, assim, de dizer que nenhuma teoria geral pode produzir consenso ou que os acordos parcialmente teorizados mereçam celebração independentemente do seu conteúdo. Mas é perfeitamente plausível considerar que, salvo em determinadas situações, uma teorização profunda é um fundamento muito pouco provável para as decisões que devem ser tomadas cotidianamente nos tribunais e que cautela e humildade são qualidades muito apropriadas, especialmente quando muitas teorias levam a uma mesma direção. (SUNSTEIN, 1998).

Nesse contexto, os acordos parcialmente teorizados mostram-se como um importante fenômeno, dotados de virtudes especiais e muito apropriadas para servir como uma parte crucial na solução que se pretende para o problema do pluralismo social.

Sugere-se, portanto, que os juízes adotem uma postura de desconfiança e não de negação das teorizações profundas. Essa postura se justifica porque em muitos contextos os juízes “não serão capazes de pensar sobre uma boa teoria. Em muitos casos, eles não serão capazes de concordar sobre nenhuma teoria.” (SUNSTEIN, 1998, p. 57)<sup>179</sup>. Além disso, o esforço de convergência sobre uma teoria abstrata pode tornar muito difícil a convivência e o trabalho conjunto dos juízes, especialmente pelo fato de que disputas desnecessárias sobre uma teoria demonstram ausência de respeito pelas convicções mais profundas manifestadas por outros julgadores.

Tudo isso considerado, Sunstein (1998, p. 57) frisa que “os juízes somente deveriam adotar uma teoria mais ampla para qualquer área do Direito se estiverem muito seguros de que seja uma teoria correta”<sup>180</sup>.

---

<sup>179</sup> “[...] they will not be able to think of a good theory. In many cases they will not be able to agree on any theory”.

<sup>180</sup> “Judges should adopt a more complete theory for an area of law only if they are very sure that it is correct”. Dworkin (2006, p. 72) considera incoerente esta afirmativa e contra-argumenta, em certa medida, com ironia, que: I would have thought, on the contrary, that we want most to be protected from judges who are “very sure” that their moral theories are the correct ones. Em arremate, afirma que a abordagem teórica do Direito e sua exigência de integridade não difere da “teorização modestamente parcial” de Sunstein (1998).

Na verdade, Sunstein (1998) acredita que raramente uma área do Direito é profundamente teorizada, pois os acordos sobre as decisões tomadas operam a partir de perspectivas muito diferentes.

Bem por isso, é possível que os acordos parcialmente teorizados produzam, em algum momento, inconsistências internas no sistema legal, reclamando, então, uma progressão conceitual que possa refinar e dar maior coerência aos princípios (mais elementares) utilizados como fundamento de tais acordos.

O que pode ocorrer, todavia, é que os acordos produzam coerência interna nas diferentes áreas do Direito, mas que, apesar disso, elas se tornem incoerentes se comparadas umas com as outras. Nesses casos, formas sofisticadas de argumentação legal são necessárias para testar os princípios mais elementares usados como fundamento da teorização parcial.

Nesse quadro, o processo de progressão conceitual se mostra desejável em razão mesmo dos acordos parcialmente teorizados, ou, melhor dizendo, em razão do fato de que irão eventualmente abrir lacunas de inconsistências no sistema legal<sup>181</sup>, o que impõe que, necessariamente, ao longo do tempo sejam submetidos a um processo de verificação e críticas<sup>182</sup>.

Tal assertiva leva a concluir que a produção de um sistema legal mais completamente teorizado é resultado de muitas decisões concretas e da aplicação repetida de princípios mais básicos<sup>183</sup>. Por isso, é recomendável que os juízes

---

<sup>181</sup> Os acordos parcialmente teorizados, mesmo que estáveis e amplamente apoiados, podem ocultar ou refletir alguma injustiça. Nesses casos, a saída talvez seja mover-se em direção a uma teorização mais profunda. (SUNSTEIN, 1998; 2001a).

<sup>182</sup> Esse processo de verificação acaba exigindo teorizações mais abstratas e amplas do que aquelas que ordinariamente estão envolvidas no raciocínio jurídico. Sob este aspecto Sunstein (1998) reconhece a função salutar da teorização acadêmica sobre o Direito, pois se configura em um meio para testar os princípios mais elementares com referência a argumentos de maior abstração. Nessas hipóteses, o desacordo se mostra produtivo porquanto dá causa a esse processo de verificação das decisões tomadas nos casos concretos e dos princípios sobre as quais se fundam, inserindo certo grau de instabilidade – desejável – na sociedade. O desacordo é, portanto, também um fator responsável pela necessidade de que se opere a progressão conceitual.

<sup>183</sup> Esse processo é descrito por Sunstein (1998) da seguinte forma: o recurso à interpretação analógica requer uma razão. Depois de certo tempo, essas razões podem se chocar e, talvez, produzir debates em um nível de maior abstração. Durante esses debates as decisões concretas são sintetizadas e um princípio mais geral irá emergir. Segundo o autor, um processo semelhante se operou, nos Estados Unidos, com relação ao princípio da liberdade de expressão e a discriminação, ainda que não se possa dizer que se revistam, hoje, de total coerência.

encarem os acordos parcialmente teorizados como um passo inicial em direção a uma teorização mais ampla e profunda<sup>184</sup>.

Por conseguinte, os processos democráticos necessitam, algumas vezes, desafiar práticas existentes em termos mais abstratos e os argumentos morais devem, em algum momento, alcançar coerência vertical e horizontal e não a mera coerência oferecida pelos acordos parcialmente teorizados. Isso, especialmente quando a teoria relevante está plenamente correta<sup>185</sup> e quando as pessoas podem ser convencidas de que esteja correta, ou quando o recurso a esta teoria é necessário para decidir os casos em disputa. O problema todo concentra-se na adoção irrestrita de uma concepção profundamente teorizada do Direito.

Essa resposta ignora as distintas características e as inúmeras limitações com as quais os juízes reais devem lidar ao realizar o seu trabalho. A esse respeito, pode-se fazer referência à racionalidade limitada<sup>186</sup> das pessoas, ou seja, aos limites de informação disponíveis, às limitações cognitivas de qualquer indivíduo e à quantidade restrita de tempo de que dispõem para tomar suas decisões. Outros limites estão relacionados ao papel do judiciário e à moralidade judicial apropriada em um mundo no qual os juízes são meros atores em um sistema complexo e no qual as pessoas discordam legitimamente sobre princípios básicos.

Em essência, o que Sunstein (1998, p. 52) quer destacar é que não há mágica alguma nas teorias abstratas, que muitas vezes configuram simplesmente os meios (humanos) pelos quais as pessoas dão sentido aos julgamentos que constituem seu mundo ético e político. Para o autor: “O abstrato não merece qualquer prioridade sobre o concreto, nem deve ser tratado como fundamental”<sup>187</sup>.

---

<sup>184</sup> À medida que novas categorias passam a emergir e a se impor em função de confrontações com casos concretos, podem ocorrer situações em que uma questão, antes não contestada, torne-se polêmica ou que, eventualmente, o que antes era polêmico se torne não controvertido. Por exemplo, até 1965 era inaceitável, perante a Suprema Corte dos Estados Unidos, o conceito de que a discriminação de gênero fosse idêntica à discriminação racial. Atualmente, já não se discute que ambos os casos são idênticos, merecendo, por isto, igual proteção. (SUNSTEIN, 1998).

<sup>185</sup> Reconhece-se que muitas questões não são respondidas por Sunstein (1998; 2001a), revelando certas inconsistências em sua teoria. Por exemplo, como saber se e quando um julgamento político ou moral está correto; ou como saber quando um juiz deve lançar mão de uma teoria profunda para a prolação de uma decisão.

<sup>186</sup> O termo usado por Sunstein (1998) é *bounded rationality*, que traduz um conceito baseado no fato de que a racionalidade dos indivíduos é limitada pela informação que possuem, pelas limitações cognitivas de suas mentes e pela quantidade finita de tempo que possuem para tomar decisões.

<sup>187</sup> “The abstract deserves no priority over the particular; neither should be treated as foundational.”

É bem possível, no âmbito jurídico, que julgamentos morais e políticos sejam mais bem descritos, não como emanções de uma teoria ampla, profunda e abstrata mas, ao contrário, funcionem como parte de um processo de reflexão sobre casos concretos a partir dos quais trabalham os cidadãos comuns e os juízes.

### **3.5.1 Os princípios, a política e o problema da legitimidade do Direito**

O juiz Hércules é capaz de produzir consistência vertical e horizontal entre todos os seus julgamentos sobre princípios em Direito, o que não ocorre com relação aos acordos parcialmente teorizados. Um sistema legal permeado por esses acordos não está comprometido com coerência absoluta, o que pode ser considerado como um problema em termos de legitimidade das decisões.

De fato, a consistência teórica em relação aos princípios é fator que não deve ser menosprezado já que alguns problemas de legitimidade podem emergir justamente em virtude da ausência de alguma consistência<sup>188</sup>.

Sunstein (1998), todavia, mantém-se firme na ideia de que a concepção de Direito como integridade<sup>189</sup> – na medida em que foca no Judiciário – não fornece uma teoria convincente de legitimidade. Na percepção do autor:

A integridade, como produto de bons julgamentos judiciais, não é nem necessária nem suficiente à legitimidade. A legitimidade não brota simplesmente da consistência de princípios dos julgadores, mas de um exercício justificável de autoridade, que requer uma teoria de instituições justas. Tal teoria deve, por sua vez, ser fundada em considerações democráticas, devidamente limitada por um núcleo de interesses que devem ser imunizados da invasão democrática. A legitimidade é resultado de processos democráticos em bom funcionamento, não de um sistema de distinções adotado pelos juízes. Mesmo que bem elaboradas, as distinções feitas por juízes com base em princípios são demasiadamente centradas nos

---

<sup>188</sup> Por exemplo, é razoável que as pessoas sejam tratadas diferentemente, porém o tratamento distinto dispensado a cada pessoa deve ser motivado racional e razoavelmente.

<sup>189</sup> A concepção de Direito como integridade em Dworkin (2007) abrange uma teoria do significado do direito legítimo, diz Sunstein (1998).

tribunais para serem consideradas fontes de legitimidade. (SUNSTEIN, 1998, p. 53)<sup>190</sup>.

Desse modo, a ênfase sobre os acordos parcialmente teorizados pressupõe que os julgamentos judiciais integram um complexo sistema de arranjos institucionais, no qual as arenas democráticas possuem maior proeminência.

Sob o enfoque da teorização parcial do Direito, pretende-se dar forma a uma teoria dos julgamentos judiciais como parte de um conjunto de entendimentos mais amplos sobre arranjos institucionais apropriados e sobre os fóruns nos quais o público, adequadamente contido, pode deliberar sobre seus juízos.

À luz da democracia deliberativa, quer por razões políticas quer por razões principiológicas, o desenvolvimento de teorias profundas e abstratas sobre direitos é uma tarefa essencialmente democrática e não judicial, o que leva a concluir que os acordos parcialmente teorizados são uma alternativa essencial a ser considerada na fundamentação das decisões.

Sunstein (1998, p. 57) pontua que os acordos parcialmente teorizados não podem ser compreendidos como uma “desafortunada segunda opção”<sup>191</sup>, adaptados a um mundo no qual as pessoas discordam, são confusas ou tendenciosas e possuem tempo limitado.

A alegada primeira opção – Hércules ou o juiz que alcançou o equilíbrio reflexivo – exige, de acordo com o raciocínio de Sunstein (1998; 2001a), uma concepção extra-humana do Direito porque não está ajustada ao mundo real do poder judiciário.

As características institucionais do sistema legal – uma entidade humana com limitações muito particulares – requerem uma teoria do Direito que lhes seja extremamente sensível. A propósito, dessas características sobressaem: confusão, incerteza sobre teorias abstratas; profundas disputas sobre os direitos; e necessidade premente de resolução de uma gama de casos concretos.

---

<sup>190</sup> “Integrity, if a product of good judicial judgment, is neither necessary nor sufficient for legitimacy. Legitimacy stems not simply from principled consistency on the part of adjudicators, but from a justifiable exercise of authority, which requires a theory of just institutions. That theory should in turn be founded in democratic considerations, suitably constrained by an account of what interests should be immunized from democratic intrusion. Legitimacy is an outcome of well-functioning democratic processes, not of a system of distinction-making undertaken by judges. Even if done exceptionally well, distinction-making by principled judges is too court-room centered as a source of legitimacy”.

<sup>191</sup> “[...] an unfortunate second-best [...]”.

Diante da premissa de que os princípios mais fundamentais de uma sociedade são mais bem desenvolvidos na seara política, Sunstein (1998) considera os argumentos em favor dos acordos parcialmente teorizados como partes de uma teoria de instituições justas, mais genericamente, e da democracia deliberativa, em particular.

Acreditar que os tribunais são os fóruns dos princípios em um governo democrático é ter uma visão míope, diz Sunstein (1998). O verdadeiro fórum dos princípios é democrático e não judicial; as normas democráticas básicas – igualdade política, deliberação ampla, ampliação dos direitos de participação – são dificilmente transplantadas para arenas judiciais. A defesa de uma abordagem parcialmente teorizada do Direito, com a sobrelevação dos fóruns políticos sobre os fóruns judiciais, no entanto, não significa que não se reconheça que a vida política ordinária é muitas vezes marcada por interesses pessoais e conchavos políticos, tornando o debate público viciado e obtuso.

Ainda assim, não se pode, ao mesmo tempo, deixar de perceber que os princípios mais abstratos que atuam de forma decisiva na vida política das nações democráticas devem suas origens a desenvolvimentos políticos e não legais. Ou seja, que os momentos mais fundamentais de uma nação, com relação a princípios profundos, ocorrem dentro de ramos políticos do governo e não dentro dos tribunais. Esse fato reforça ainda mais o argumento de que não cabe ao judiciário ditar os valores de uma sociedade, ao menos não diante de uma concepção democrática e deliberativa.

Por isso mesmo, quando interpretam a constituição, os tribunais trabalham a partir de princípios mais elementares, o que os leva em direção aos acordos parcialmente teorizados – perfeitamente ajustados ao papel limitado que devem desempenhar no arranjo constitucional.

Nessa linha, uma compreensão coerente da democracia deliberativa afasta a abordagem completamente teorizada do Direito e põe em evidência a necessidade de uma atuação mais restrita dos tribunais – o que Sunstein (2001b) denomina de *judicial minimalism* –, como forma de promover um governo democrático, permitindo que os debates públicos permaneçam em fórum político. É o que se analisará a seguir.

Antes de encerrar o capítulo, contudo, é preciso destacar um ponto importante. A tese de Sunstein (1998) contempla uma exceção: para que os atores do Direito ou de uma democracia aceitem o seu argumento central, eles devem aceitar pelo menos uma teoria geral, justamente a teoria que pretende o favorecimento dos acordos parcialmente teorizados. Essa teoria não pode ser aceita sem referência a considerações teóricas gerais e sua aceitação ou rejeição não pode ser teorizada parcialmente. A escolha que deve ser feita entre as duas abordagens (ampla teorização do Direito ou acordos parcialmente teorizados) suscita questões que são tão profundas quanto controversas.



#### **4 MINIMALISMO JUDICIAL: ALTERNATIVA DEMOCRÁTICA DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM UMA SOCIEDADE PLURALISTA**

A construção teórica do minimalismo judicial está vinculada à premissa de que a constituição assegura uma forma democrática de governo, proclamando a ideia de um debate público amplo e aberto e, em decorrência, impondo que os problemas da sociedade sejam resolvidos mediante decisões democraticamente legitimadas. Trata-se de compreender que a democracia deliberativa está fundamentalmente alicerçada sobre o argumento de que o processo de tomada de decisões democráticas somente pode ser conduzido legitimamente por meio da deliberação pública<sup>192</sup>.

Essa leitura não apenas determina que a seleção e a acomodação de valores substantivos de uma sociedade sejam deixadas por conta do processo político democrático, mas também que envolve o reconhecimento de dois aspectos muito fundamentais, especificamente o compromisso com a igualdade política e com a discussão no domínio público.

Em primeiro lugar, a democracia deliberativa requer um sistema de responsabilidade política que permita e promova o dissenso político e a igual participação de todos os cidadãos. O objetivo da responsabilidade política é atingido quando se assegura que autoridades com o requisito da legitimação política tomem as decisões mais relevantes. Quer dizer, as questões de natureza política devem permanecer em fórum político, ou seja, o poder legislativo produz as leis, não o executivo ou o judiciário. A responsabilidade política é importante como forma de garantir que diferentes informações e diversas perspectivas entrem no processo deliberativo, melhorando, por meio do embate de diferentes argumentos, a qualidade das decisões geradas por este mesmo processo.

A partir dessa perspectiva, o dissenso emerge como mecanismo propulsor do desenvolvimento social e elemento fundamental para sustentação dos

---

<sup>192</sup> As notas introdutórias que são feitas neste último capítulo pretendem dar sistematicidade ao pensamento do autor que embasa a presente pesquisa e demonstrar com clareza a relação de coerência e lógica que se pode estabelecer entre os capítulos que estruturam este trabalho.

ideais da democracia deliberativa, agindo como contraponto dos processos de conformação social, destacadamente o conformismo, as cascatas sociais e a polarização de grupos, fenômenos estes que são capazes de distorcer o discurso público e conduzir a decisões absolutamente equivocadas, impondo sérios prejuízos a toda a sociedade. Por essa razão, o dissenso deve ser não apenas assegurado constitucionalmente, mas também, e especialmente, promovido de forma contínua e difusa por todas as estruturas e instituições que integram um sistema constitucional, inclusive o poder judiciário<sup>193</sup>.

Em segundo lugar, a democracia deliberativa requer deliberação efetiva no processo político decisório, deliberação baseada em razões que sejam concernentes ao interesse de todos e que sejam capazes de suportar os processos de discussão pública. Sendo assim, os julgamentos políticos não podem ser fundados na força ou nos interesses particulares. Devem, sim, resultar de um processo de reflexão e debate racional, no qual interesses privados, crenças religiosas e argumentos que negam a igualdade fundamental das pessoas não são aceitos como válidos<sup>194</sup>. O debate público está, por assim dizer, associado com o controle do poder faccional e da representação de interesses particulares<sup>195</sup>.

O ponto central da questão, portanto, não é dizer que a deliberação é exigida, mas perguntar como as instituições constitucionais, e especialmente os tribunais, podem promover esta aspiração<sup>196</sup>. (SUNSTEIN, 1994).

---

<sup>193</sup> Esse é um aspecto que se pode dizer inovador em Sunstein (2005). O autor compreende que o dissenso é elemento fundamental para o desenvolvimento democrático e, dessa forma, preconiza que deve ser não apenas protegido pela constituição, mas acima de tudo promovido e internalizado na cultura política da sociedade.

<sup>194</sup> Decisões políticas importantes, por exemplo, não poderão estar apoiadas em fundamentos puramente religiosos, pois esse tipo de decisão não poderia ser considerada legítima por cidadãos que rejeitam tais fundamentos. Da mesma forma, uma decisão não pode se justificar em bases que negam a igualdade fundamental do ser humano ou que refletem desprezo pelos demais cidadãos, ou que pretendam humilhá-los, sob pena de estar violando a própria moralidade democrática.

<sup>195</sup> Ely (2002) descreve o processo político de produção legislativa em termos de um “mercado político”, em que atores privados, movidos por interesses próprios e atuando estrategicamente, competem entre si na tentativa de influenciar os poderes legislativo e executivo (*inputs*) com vistas a obter resultados que venham a favorecer seus interesses (*outputs*). Em vista desses fatores, cabe aos tribunais fiscalizar a igualdade de participação dos diversos segmentos sociais no mercado político, assegurando, por esta via, que as decisões majoritárias garantam e, sobretudo, não violem os interesses dos cidadãos representados. Sunstein (1994, p. 144) acredita, ao contrário, que a intervenção judicial é apropriada não apenas quando se verifica alguma exclusão do processo democrático, mas quando a deliberação está ameaçada. “[...] a careful judicial role is appropriate not when there is exclusion from competition, but instead when deliberation is impaired”.

<sup>196</sup> A resposta seria o minimalismo judicial operando por meio dos acordos parcialmente teorizados.

A ideia básica é que a democracia deliberativa depende, minimamente, da exigência de razões para a ação governamental e que ao processo político cabe a identificação das preferências que se mostrem reprováveis, garantindo que sejam filtradas pelo processo de deliberação pública. Trata-se de uma concepção liberal de legitimidade política que contempla um ideal de reciprocidade, em que os cidadãos são conscientes e responsáveis uns para com os outros com relação a seus interesses e argumentos.

Sendo assim, a redefinição do compromisso constitucional em termos deliberativos implica reconhecer que a principal função de um sistema democrático, “é garantir que por meio dos processos representativos, vozes novas ou submersas, ou novas descrições sobre onde se situam os interesses e quais são eles, de fato, possam ser ouvidas e compreendidas”<sup>197</sup>. (SUNSTEIN, 1994, p. 182-183).

Sob esse enfoque, é imperioso que os juízes se percebam como “participantes de um sistema elaborado de deliberação democrática” (SUNSTEIN, 2001b, p. 263)<sup>198</sup> e reconheçam que “decisões fundamentais são mais bem tomadas, de modo democrático, e não judicialmente”<sup>199</sup>. (SUNSTEIN, 1998, p. viii).

O papel relevante do poder judiciário é, sem ignorar o fato do pluralismo razoável, garantir o contínuo aperfeiçoamento do processo democrático.

Com esse olhar, Sunstein (1998) preconiza uma forma minimalista de atuação dos juízes, que contempla largamente a utilização dos acordos parcialmente teorizados como recurso de argumentação legal e que pode representar a chave para o mistério de saber como o Direito é possível em uma sociedade heterogênea composta por pessoas que discordam profundamente acerca de valores fundamentais.

O minimalismo se relaciona bem com a democracia justamente porque dá espaço ao processo político, permitindo-lhe que flua e que se adapte aos desenvolvimentos, produzindo compromissos mutuamente vantajosos e acrescentando novas informações e perspectivas às questões legais.

---

<sup>197</sup> “[...] ensure that through representative processes, new or submerged voices, or novel depictions of where interests lie and what they in fact are, can be heard and understood.”

<sup>198</sup> “[...] participants in an elaborate system of democratic deliberation”.

<sup>199</sup> “[...] fundamental decisions are best made democratically, not judicially”.

À luz dos ideais da democracia deliberativa e a partir da percepção de que as pessoas discordam legitimamente sobre princípios básicos, o raciocínio jurídico mais adequado é exatamente aquele que aponta para o solucionamento dos casos sem que, para isso, os juízes tenham que tomar partido nas controvérsias sociais de grande envergadura<sup>200</sup>.

A teoria de Sunstein (2001b) é em parte descritiva e em parte normativa, e como tal se assenta tanto sobre argumentos de natureza pragmática quanto política. É descritiva porque o autor reconhece a abordagem minimalista como sendo uma prática usual no contexto judicial<sup>201</sup>. É normativa porque se trata de um modo de ação correto e coerente com as exigências de um sistema deliberativo e democrático. Revela-se, portanto, como a abordagem que, dentro do possível, deverá ser preferida pelos tribunais no exercício da jurisdição.

A abordagem minimalista se justifica, então, em função de uma série de razões. Em primeiro lugar, deve-se ter em conta que os juízes, em geral, não dominam teorias filosóficas complexas, ou seja, carecem de conhecimentos necessários que lhes permitiriam solucionar divergências morais e teóricas em um grau de profundidade que é, não raro, exigido por outros métodos de abordagem. Além disso, a escassez de tempo é outro fator importante a ser considerado. Os juízes diariamente se deparam com a necessidade de decidir um grande número de casos em curto espaço de tempo, o que torna ainda mais difícil a sua atuação.

---

<sup>200</sup> Esses argumentos sustentam as críticas de Sunstein (2001b) ao caso *Roe v Wade* como foi originalmente construído. De acordo com o autor, na primeira confrontação da corte com a questão do aborto, ela estabeleceu uma série de regras que as legislaturas deveriam seguir acerca daquele tema. A corte decidiu questões demais em um curto espaço de tempo e não permitiu aos processos democráticos dos Estados tempo e espaço para que se adaptassem e deliberassem e para que gerassem soluções razoáveis que talvez não ocorressem a um grupo de julgadores.

<sup>201</sup> Para Sunstein (2001b), a abordagem minimalista do Direito é usual na Suprema Corte dos Estados Unidos da América, com exceção da Corte de Warren, tipicamente adepta de regulações mais amplas e genéricas. Exemplo do padrão minimalista preferido pela Suprema Corte se percebe em dois dos casos constitucionais mais marcantes dos últimos anos, envolvendo o “direito de morrer”. Conforme explicitado por Fallon (2006), as questões vertidas em *Washington vs Gluckberg* (1997) e *Vaco vs Quill* (1997) envolviam a constitucionalidade de leis estaduais que proibiam que as pessoas recebessem assistência médica para cometer suicídio. Em outras palavras, a questão fundamental enfrentada versava sobre se a Constituição Americana confere a doentes terminais direito a um suicídio assistido por um médico. Em ambos os casos, a corte, por maioria, entendeu que a constituição não cria um direito genérico ao suicídio assistido. Do ponto de vista de Sunstein (2001b), a Suprema Corte tratou (acertadamente) do caso com muita parcimônia e deixou de resolver as questões mais fundamentais, pois ao afirmar, simplesmente, que não existe um direito genérico ao suicídio, assistido ou não, deixou em aberto a possibilidade de que sob circunstâncias especiais, como por exemplo a iminência da morte e dor física severa, as pessoas possam ter deferido um tal direito.

Muitas decisões precisam ser tomadas rapidamente e o são em face de conflitos sociais aparentemente insolúveis e que se relacionam com um amplo rol de princípios básicos. Nessas circunstâncias, é bastante expressiva a chance de serem tomadas decisões equivocadas.

Acresça-se a essas razões que o dissenso não está presente somente fora do poder judiciário. Nos tribunais também existe divergência acerca de questões fundamentais, o que é de todo desejável, mas que representa uma dificuldade a mais na tarefa de julgar os casos concretos. A diversidade de opiniões entre os juízes impõe que, bem por isso, um julgador adote uma atitude cautelosa com relação às convicções do outro, como forma de convivência profícua e respeitosa. Portanto, a opção por refutar uma determinada visão somente deve ser feita se isto for essencial para decidir um caso particular.

Os juízes, ademais, também estão sujeitos aos efeitos das pressões sociais que decorrem dos processos de conformação e são altamente vulneráveis às influências. Isto explica a existência de movimentos de extremismo e radicalização das opiniões também dentro dos tribunais. (SUNSTEIN, 2005).

Esses são fatores de extrema relevância, que influenciam sobremaneira as decisões judiciais acerca da melhor interpretação de uma determinada lei. Em algumas hipóteses, podem produzir julgamentos distorcidos e não refletir as convicções da sociedade, ou pelo menos da maioria dos membros da sociedade.

Em suma, os argumentos pragmáticos de Sunstein (1998; 2001b) em favor do minimalismo se fundam especialmente no fato de que os tribunais são compostos por pessoas profundamente diferentes e que, não raro, são vulneráveis às pressões de grupos, possuem feição democrática muito frágil e limitada capacidade de perceber e avaliar os fatos, têm que prolatar muitas decisões em um curto período de tempo, conviver e evitar o erro tanto quanto possível, além de demonstrar respeito por todos os atores do processo: julgadores, litigantes e demais pessoas afetadas por suas decisões. Em face de todas essas limitações, não é razoável nem desejável, que um juiz, diante de questões controvertidas e complexas, discuta teorias profundas, que dificilmente resolverão o caso concreto, tampouco se deve pretender que a solução para determinado caso expresse uma decisão política fundamental.

Já sob uma vertente política, um forte ativismo judicial obstrui o debate público e reduz as possibilidades de autogoverno. Por meio do minimalismo judicial e da aplicação dos acordos parcialmente teorizados é possível a promoção das mais altas aspirações de igualdade e justiça de uma sociedade democrática sem o comprometimento do processo democrático, justo para permitir que o debate político permaneça em fórum político. Além disso, um tribunal de atuação minimalista é menos suscetível de produzir decisões equivocadas. Mais, os erros que eventualmente venham a ser cometidos serão muito menos danosos à sociedade. (SUNSTEIN, 2001b).

O argumento minimalista se fortalece especialmente nas áreas que envolvem questões mais altamente controvertidas, uma vez que nestes casos mesmo as decisões prolatadas com base nas convicções mais verdadeiras e mais profundas dos julgadores podem se mostrar inadequadas, em vista dos efeitos imprevisíveis que podem decorrer do impacto social da decisão.

Nas próximas seções desse trabalho se descreverá, com maior detalhamento, a teoria minimalista de Sunstein (2001b). Para essa tarefa, parte-se primeiramente de uma descrição das influências sociais que atuam sobre os juízes nas suas decisões e dos efeitos que produzem. Em seguida aborda-se o minimalismo tanto no aspecto procedimental quanto substancial, bem como sua relação com o autogoverno democrático.

#### 4.1 JUÍZES CONFORMISTAS

O comportamento e os julgamentos das pessoas sobre fatos, política e Direito, não raro, são determinados em função de suas próprias crenças e convicções. Em particular, os julgamentos são ainda mais fortemente influenciados pelas convicções e crenças de outras pessoas.

Os juízes, como qualquer pessoa, são influenciados uns pelos outros<sup>202</sup> e altamente vulneráveis às pressões sociais, que se evidenciam sob a forma de conformismo, cascatas e polarização. Esses fenômenos, marcadamente presentes no contexto judicial, podem conduzir à intensificação das predisposições ideológicas dos julgadores<sup>203</sup> e contribuir para que os tribunais deem tratamento diverso a litigantes que se encontram em situação semelhante, o que, em si, representa um sério problema para o Direito, criando inconsistências que violam o ideal do governo das leis e tornando a injustiça inevitável. (SUNSTEIN, 2005).

O problema é que a minimização desses fenômenos e a neutralização de seus efeitos dependem necessariamente da ampliação do rol de argumentos

---

<sup>202</sup> Há, nos Estados Unidos da América, uma vasta e ainda crescente literatura concernente à relação entre as preferências políticas de um juiz e seus julgamentos. Trata-se de estudos que apontam para uma diferença clara e marcante nos padrões de voto de juízes indicados por presidentes democratas e republicanos. Alguns dos estudos empíricos realizados sobre a postura de votação dos juízes, na Suprema Corte dos Estados Unidos e em outras cortes federais são: Jeffrey A. Segal and Harold J. Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited* (Cambridge University Press, 2002); Cass R. Sunstein, David Schkade, Lisa M. Ellman and Andres Sawicki, *Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary* (Brookings Institution Press, 2006); e William M. Landes and Richard A. Posner, *Rational Judicial Behavior: A Statistical Study*. The Law School, The University of Chicago, Abril de 2008. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1126403](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1126403)>. Acesso em: 12 jan. 2009.

<sup>203</sup> Com vistas a identificar o efeito produzido pelas pressões do grupo e pela ideologia do julgador em seus julgamentos, Sunstein (2006) examinou centenas de decisões prolatadas em cortes federais americanas, compostas por câmaras de três juízes indicados politicamente. Os casos tomados para análise versavam sobre algumas das questões mais polêmicas do Direito e da política, tais como aborto, pena de morte, ações afirmativas, regulação de financiamento de campanhas, proteção ambiental e direitos dos homossexuais. O estudo considerou três hipóteses: a) é relevante o fato de o juiz ter sido apontado por um presidente republicano ou democrata. Os indicados por presidentes republicanos assumem um padrão mais conservador de julgamento, enquanto que os indicados por presidentes democratas são mais liberais; b) a inclinação ideológica de um juiz tende a ser amortecida se ele integra uma câmara julgadora composta por outros dois juízes com inclinações políticas distintas da sua. Por exemplo, é improvável que um democrata assuma um padrão liberal de votação se estiver acompanhado de outros dois juízes republicanos; c) a inclinação ideológica de um juiz tende a ser amplificada se ele integra uma câmara julgadora composta por outros dois juízes com as mesmas inclinações políticas que a sua. Por exemplo, um juiz republicano inclina-se a um padrão de julgamento mais conservador se estiver acompanhado de outros dois juízes republicanos. As hipóteses foram, em sua generalidade, confirmadas, levando o autor a concluir que as tendências ideológicas, assim como as mudanças ideológicas que operam dentro dos tribunais ao longo do tempo estão relacionadas, em um elevado grau, com o percentual de indicações feitas pelos presidentes republicanos e democratas. Apenas dois exemplos contrariaram as conclusões aqui apontadas, e dizem respeito às questões que envolvem aborto e pena de morte. Essas são questões em que a filiação partidária possui grande expressão já que republicanos e democratas divergem, em profundidade. Nessas áreas, se observou pouca ou nenhuma evidência tanto de amplificação ideológica quanto de amortecimento ideológico. Ou seja, os julgamentos dos juízes não foram afetados pela composição das turmas. Esse padrão de votação, livre das influências do grupo não foi identificado em nenhuma outra área do direito. A hipótese levantada por Sunstein (2003) é que nessas áreas as convicções dos julgadores são extremamente fortes e por isso os juízes não se deixam influenciar pelas opiniões de seus pares.

disponíveis e da presença de uma variedade de pontos de vista. No contexto judiciário, porém, a singular conformação do processo judicial limita naturalmente as entradas de informação, reduzindo o grau de diversidade desejável.

A divergência de opiniões torna mais provável que o debate se mova na direção acertada daquilo que o Direito requer e aumenta a probabilidade de a lei ser adequadamente interpretada. Segundo Sunstein (2005, p. 186): “É mais provável que uma decisão esteja correta e menos provável que seja política em um sentido pejorativo”<sup>204</sup>, quando apoiada por pessoas com predisposições divergentes.

Nessa senda, é melhor e mais útil à democracia que muitas opiniões sejam ouvidas e discutidas. Portanto, especialmente nos casos em que não se tem clareza sobre qual a melhor interpretação a ser dada a uma lei, o melhor que um juiz pode fazer é agir com cautela, humildade e modéstia, reconhecendo seus limites e especialmente os limites de atuação do poder judiciário. Da noção clara desses limites, depende fundamentalmente o bom funcionamento do sistema democrático.

Percebe-se então que a defesa de uma atuação mais restrita do judiciário não se relaciona apenas com as pressões sociais e as convicções pessoais dos juízes, mas, acima de tudo, com a íntima relação existente entre o autogoverno e o minimalismo, a partir da concepção de democracia deliberativa. Nesse sentido, Sunstein (2001b) desenvolve argumentos que pretendem preservar os ideais da democracia deliberativa e, ao mesmo tempo, evitar o risco de uma interferência injustificada dos tribunais nos processos democráticos.

## 4.2 O MINIMALISMO JUDICIAL E SUAS VIRTUDES DEMOCRÁTICAS

Sunstein (2001b) denomina “minimalismo judicial” ou “minimalismo decisional” o fenômeno de dizer somente o que é necessário dizer para justificar uma decisão, deixando em aberto, na medida do possível, as questões mais fundamentais<sup>205</sup>. É esta a característica mais particular do minimalismo – deixar

---

<sup>204</sup> “A decision is more likely to be right, and less likely to be political in a pejorative sense [...]”.

<sup>205</sup> Não se pode afirmar, nessa pesquisa, se o padrão minimalista de julgamento marca de modo geral e sistemático o sistema judiciário brasileiro, pois esses dados não foram objeto de estudo, uma



intocadas as questões de fundo, revelando uma desconfiança forte quanto ao desejo do judiciário de elaborar, a partir do conhecimento limitado das circunstâncias de um determinado caso, princípios amplos e abrangentes<sup>206</sup>.

Em termos de interpretação constitucional, a abordagem minimalista combina uma grande dose de modéstia judicial com o favorecimento dos acordos parcialmente teorizados. Ocasionalmente, em face de leis que comprometem o processo político ou que impõem uma cidadania de segunda categoria a membros de grupos menos favorecidos socialmente, o minimalismo invoca a moralidade interna da democracia e as expurga do sistema.

As decisões minimalistas, portanto, se traduzem em acordos parcialmente teorizados e envolvem duas características principais – são estreitas e superficiais.

A noção de estreiteza significa que o minimalismo quer decidir o caso concreto<sup>207</sup> e não estabelecer regras amplas e gerais que possam solucionar casos futuros<sup>208</sup>. Uma decisão minimalista foca sobre o conflito *sub judice* e procura dar

vez que tal análise extrapolaria a delimitação temática e os objetivos estabelecidos. Todavia, a título ilustrativo, ao longo do texto se trará alguns exemplos de julgados extraídos do repertório de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, destacando-se os aspectos minimalistas ou não das decisões.

<sup>206</sup> Ao enfrentar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, proposta pelo Procurador-Geral da República contra o art. 5º da Lei federal 11.105/2005 (Lei da Biossegurança) o Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado. Porém, ao decidir o caso, o tribunal pretendeu decidir, peremptoriamente, todas as questões subjacentes ao tema, tais como o conteúdo do princípio da dignidade humana, o valor e início da vida humana, merecedora da tutela constitucional, a distinção entre o embrião gerado naturalmente e embrião fertilizado *in vitro*, para fins de caracterização de aborto; além disso, afirmou o direito constitucional à reprodução assistida, bem como a autonomia com relação ao planejamento familiar. A decisão é marcadamente maximalista, conforme se pode conferir em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo508.htm>.

<sup>207</sup> A decisão da Suprema Corte Norte-Americana no caso *United States v. Virginia*, em 1996, que impediu que o Instituto Militar da Virginia excluísse as mulheres de seus bancos, é uma decisão estreita, na qual os julgadores, expressamente, se recusaram a dizer muito sobre a questão da segregação de sexos na educação.

<sup>208</sup> O padrão minimalista pode ser percebido no julgamento do HC 73662-9, em que o Supremo Tribunal Federal decidiu por 6 votos a 5 conceder o *habeas corpus* para absolver o paciente condenado pelo crime de estupro, cometido com violência presumida contra menor de 12 anos de idade, nos termos do CP arts. 213 e 244. A decisão do Supremo foi interpretada pela mídia como indicação de um entendimento genérico do tribunal no sentido de que nos dias atuais o estupro presumido seria figura impossível, em virtude das mudanças sociais. Essa compreensão distorcida causou um impacto negativo em alguns segmentos sociais em face do que representaria uma violação ao princípio da proteção integral da criança e do adolescente. Porém, de uma leitura atenta dos votos proferidos, o que se percebe é que o julgamento não tem a amplitude e nem a profundidade que se pretendeu imputar a ele. Ao contrário, a decisão possui um apelo fortemente minimalista já que partiu de uma análise altamente particularista dos fatos e circunstâncias envolvidos para a interpretação e aplicação da norma e sem a invocação de princípios filosóficos profundos e abstratos. Especialmente do voto do Min. Mauricio Correa, vê-se que a decisão prolatada não

solução exclusivamente para este caso, considerando suas especificidades, sem a pretensão de atingir também outras situações, exceto quando as circunstâncias exigirem um julgamento mais amplo.

Com relação ao aspecto da superficialidade, os juízes minimalistas geralmente tentam evitar discussões sobre o alcance e o significado de princípios fundamentais. Eles desejam simplesmente permitir que pessoas que discordam sobre questões profundas possam convergir sobre uma decisão particular.

Ao se referir à superficialidade de uma decisão, Sunstein (2001b, p. 13) pretende enfatizar a possibilidade de julgamentos concretos em casos particulares, desacompanhados de fundamentos abstratos. “As decisões concretas não são embasadas em teorias abstratas, mas em argumentação menos ambiciosa acerca da qual as pessoas podem convergir a partir de fundamentos distintos”<sup>209</sup>, ou até mesmo em face de incertezas sobre quais sejam os fundamentos mais apropriados. Trata-se de perceber a essencialidade dos acordos parcialmente teorizados para a realização do direito constitucional, especialmente quando se está diante de questões polêmicas e controvertidas. Vale dizer, ainda, que o recurso à abstração, algumas vezes, é “simplesmente desnecessário e fundamentos mais concretos, atraindo o acordo de pessoas com concepções distintas, é plenamente suficiente”<sup>210</sup>. (SUNSTEIN, 2001b, p. 14).

Quando os desacordos teóricos são intensos e difíceis de mediar e as crenças dos julgadores são pontos fixos, os tribunais geralmente são exitosos em minimizar esses desacordos, e o fazem por meio de uma espécie de regressão

---

objetivou encontrar solução para outros casos semelhantes que no futuro vierem a surgir, mas apenas solucionar o caso concreto naquela ocasião. Transcreve-se parte do voto em que essa postura minimalista se identifica com muita clareza: “[...] a jurisprudência é construída em cada caso concreto, e por isso mesmo não estou generalizando este meu entendimento para a incidência a outras hipóteses, como precedente *erga omnes*, reservando-me, evidentemente, na análise do novo julgamento de que eventualmente venha a participar, para traduzir minha visão, quem sabe sobre outro ângulo, que é aqui restrita a tal *quaestio*, ressalva essa que faço questão de anotar.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 21 abr. 2009.

<sup>209</sup> “[...] *possibility of concrete judgments on particular cases, unaccompanied by abstract accounts about what accounts for those judgments*. The concrete outcomes are backed not by abstract theories but by unambitious reasoning on which people can converge from diverse foundations, or with uncertainty about appropriate foundations.” [grifo do autor].

<sup>210</sup> “[...] simply unnecessary and low-level explanations, commanding agreement from diverse people are entirely sufficient.”

conceitual, uma vez que fundamentos mais modestos facilitam a convergência sobre uma decisão. Assim é que, ao tentar produzir decisões superficiais, os tribunais contribuem para o atingimento do acordo, quando ele se mostra possível. Do mesmo modo, os tribunais são capazes de afastar a necessidade de acordo quando se verificar que não será possivelmente alcançado.

É importante anotar, ademais, as muitas interações possíveis entre as dimensões de estreiteza e amplitude e de superficialidade e profundidade. Algumas decisões são estreitas e superficiais; outras são profundas e amplas<sup>211</sup>. Em contrapartida, alguns julgamentos são superficiais, porém, amplos; há, também, aqueles, mais raros, que se fundam em argumentos profundos, mas que são estreitos.

Essas dimensões e suas inter-relações contribuem para a identificação de algumas complexidades na ideia de minimalismo. Dependendo de como se combinam as noções de estreiteza e amplitude e de superficialidade e profundidade, uma decisão pode ser minimalista sob certos aspectos e não minimalista sob outros. O que se quer dizer é que uma decisão pode ser minimalista, por exemplo, por deixar certas questões essenciais em aberto, mas pode, ao mesmo tempo, ser não minimalista, por recorrer a fundamentos muito amplos, como é o caso da invalidação de uma lei por ser considerada vaga demais. A tese da vagueza pode ser tão ampla – se for aplicada em muitos contextos –, quanto profunda, isto se estiver, por exemplo, fundada em uma teoria mais sofisticada sobre o governo das leis. Essa singularidade leva Sunstein (2001b, p. 19) à conclusão de que “as decisões não são, em regra, minimalistas ou não; elas são minimalistas *em certas dimensões*”<sup>212</sup>.

Outro aspecto deve ser destacado. As dimensões assumidas por uma decisão não são determinadas meramente em função do que o tribunal deseja. Decisões concebidas como maximalistas podem ser transformadas em minimalistas e vice-versa, de acordo com o modo como são recebidas pelos participantes do

---

<sup>211</sup> Anota Sunstein (2001b) que o juiz Hércules de Dworkin pretende produzir julgamentos profundamente teorizados e também enxergar como a decisão em tela se alinha com múltiplas outras decisões, reais e hipotéticas. Quer dizer, Hércules pretende alcançar a dimensões de profundidade e amplitude. Porém, não é essa a pretensão dos juízes do mundo real, ainda que se possa aceitar que essa seja uma aspiração apropriada para o Direito.

<sup>212</sup> “[...] decisions are not usually minimalist or not; they are minimalist *along certain dimensions*”. [grifo do autor].

sistema legal. Dessa forma, é certo dizer que os tribunais possuem autoridade limitada quanto ao alcance de suas decisões, já que não podem estabelecer as regras que as recepcionam. Uma corte comprometida com o maximalismo pode consignar declarações amplas em suas decisões, mas tais declarações podem ser ignoradas por cortes subsequentes. De igual modo, as autoridades públicas podem tomar uma decisão da corte como sendo determinante de um incontável número de questões, apesar de seu empenho em proceder com estreiteza<sup>213</sup>.

O enfrentamento do problema do pluralismo razoável a partir da perspectiva minimalista objetiva garantir segurança, estabilidade, desenvolvimento e possibilitar a convivência harmônica entre os membros de uma comunidade. Em vista disso, e por estarem conscientes das dificuldades que podem surgir do confronto de ideias nas sociedades pluralistas, cortes minimalistas, ao tentar equalizar as grandes disputas, limitam-se a argumentações modestas, evitando a inflexibilização das posições e fomentando a deliberação democrática nas instituições politicamente responsáveis<sup>214</sup>.

Com efeito, os acordos parcialmente teorizados, instrumentos úteis à produção de julgamentos estreitos e superficiais, visam a garantir que pessoas com convicções distintas e contrapostas, operando a partir de seus próprios valores fundamentais, possam encontrar um ponto de convergência e, dessa forma, conviver em meio aos intensos desacordos. Além disso, a tendência em não pôr em discussão as convicções mais profundas dos cidadãos, quando isso não for necessário para a solução de um caso, traduz humildade, respeito e reconhecimento das limitações humanas.

Essas são razões que conduzem os julgadores, na acomodação do pluralismo, a buscar acordos parcialmente teorizados sobre decisões particulares, como forma de alcançar estabilidade política, reciprocidade e respeito mútuo.

---

<sup>213</sup> Uma compreensão integral do minimalismo, em face dessas e de outras complexidades exigiria uma incursão em áreas que extrapolam os limites judiciais, assim como uma análise minudente das reações provocadas pelas decisões judiciais na sociedade; estudo este que excede as possibilidades de tempo e conhecimento disponíveis para a elaboração da presente pesquisa. Reputa-se, entretanto, que as breves considerações aqui tecidas são suficientes aos objetivos propostos neste trabalho.

<sup>214</sup> Esse padrão de atuação torna o acordo possível contribuindo para a estabilidade social e para o atingimento de uma forma de respeito mútuo, objetivos que se encontram presentes, também, no liberalismo político de Rawls (2005), o que revela a possibilidade de se estabelecer parâmetros de comparação e identificar diversas semelhanças entre uma e outra abordagem.

Ainda, importa anotar que o projeto minimalista possui componentes procedimentais e substanciais. A vertente procedimental será objeto de estudo da próxima seção.

#### **4.2.1 Minimalismo procedimental**

Sob o aspecto procedimental, uma corte minimalista resolve o caso que lhe é submetido, mas não toca em questões profundas e polêmicas, deixando muito por decidir. É uma corte que está alerta para o fato do desacordo razoável e que, consciente de suas limitações, procura resolver os casos em termos restritos<sup>215</sup>.

Alerta também para o problema das consequências não previstas, a corte minimalista se percebe como parte de um sistema de deliberação democrática e se esforça para promover os ideais democráticos de participação, deliberação e responsabilidade política. Ela permite espaço contínuo para reflexão democrática na sociedade e no legislativo e deseja acomodar novos julgamentos sobre fatos e valores. Tanto quanto possível, tende a buscar decisões que possam atrair o apoio de pessoas com diversas concepções teóricas<sup>216</sup>.

Outra não é a compreensão do termo com referência aos juízes que adotam uma abordagem minimalista do Direito. Juízes minimalistas não trabalham dedutivamente e focam sua atenção somente naquilo que é necessário para resolver as disputas particulares. Evitam, dessa forma, regras amplas e teorias abstratas, pois não enxergam suas decisões como se fossem reflexo de regras ou de teorias complexas aceitas antecipadamente como verdadeiras<sup>217</sup>.

Pois bem. É fundamental ter clareza de que apesar de se traduzir em uma forma de restrição judicial, o minimalismo não está, de modo algum, comprometido com a defesa irrestrita da regra da maioria em todos os contextos. Um sistema

---

<sup>215</sup> Quer dizer, por meio de decisões que se proponham a resolver o caso concreto, sem estabelecer regras amplas e gerais para a solução de casos futuros.

<sup>216</sup> A distinção entre argumentos normativos e argumentos pragmáticos é, muitas vezes opaca e difícil de ser apontada. Aqui, porém, se vislumbra claramente um argumento normativo.

<sup>217</sup> Cabe, neste ponto, contrastar o minimalismo decisional com o maximalismo. Sunstein (2001b) compreende o maximalismo como uma estratégia em que se busca decidir os casos de uma forma a se estabelecer regras gerais para o futuro e a fornecer justificações teóricas ambiciosas para as decisões tomadas. É o que faz, por exemplo, o juiz Hércules de Dworkin (2006).

constitucional democrático aspira muito mais do que o simples majoritarianismo e recusa reconhecer como justa a simples agregação de preferências privadas.

Da mesma forma, não se pode confundir a proposta minimalista com a teoria democrática procedimentalista de Ely (2002)<sup>218</sup>.

Sunstein (1994) refuta a ideia de que a constituição seja basicamente um repertório de regras – estruturais e de competência – vinculado ao processo democrático e limitado à identificação de procedimentos justos. Bem ao contrário, a constituição especifica inúmeros valores substantivos e justamente por isto é que juízes minimalistas podem e devem, em determinadas situações, invalidar algumas leis<sup>219</sup>. A atuação restrita dos tribunais, portanto, não é concebida como um credo geral e irrefutável<sup>220</sup>. Essa seria uma premissa excessivamente genérica para um minimalista, pontua Sunstein (2001b).

O minimalismo, ao mesmo tempo, desaprova julgamentos muito amplos e genéricos que desafiam um grande rol de legislação democraticamente votada e aprovada. Os minimalistas são cautelosos e evitam impor suas opiniões sobre o resto da sociedade.

Fundamentalmente, duas características tornam o minimalismo judicial atraente ao projeto democrático. Em primeiro lugar, e sob um aspecto mais prático, a abordagem minimalista reduz os ônus da decisão judicial em termos de tempo e de informação. Isso ocorre especialmente em se tratando de julgamentos

---

<sup>218</sup> A tese de Ely (2002) assume que a Constituição Norte-Americana não está comprometida com a identificação e preservação de valores substantivos específicos, mas, ao contrário, está, especialmente, dedicada a questões de processo e estrutura. Desse modo, o controle de constitucionalidade das leis coerente com tal formato deve estar focado na justa adequação dos processos democráticos de produção das normas legais, limitando sua intervenção àqueles casos em que se verificam deficiências quanto a esses processos.

<sup>219</sup> Embora Sunstein (2001b) propugne pela conciliação entre procedimento e substância, não se pôde encontrar em sua teoria elementos suficientemente consistentes que pudessem demonstrar com clareza a superação desse paradoxo. O reconhecimento de um núcleo básico de direitos que deve ser observado e cuja violação justifica a interferência agressiva das cortes mostra-se absolutamente secundário na acepção do autor. O fato é que o minimalismo visa essencialmente a proteção do processo democrático, vestindo-se de uma roupagem procedimentalista, portanto. Contudo, distingue-se da concepção de Ely (2002) na medida em que a construção teórica minimalista não é dirigida pelo argumento de que a constituição é vazia de substância. O argumento forte de Sunstein (2001b) é que a constituição adequadamente compreendida á luz de uma democracia deliberativa, exige um permanente debate, amplo, participativo e aberto, propósito ao qual o minimalismo se ajusta perfeitamente.

<sup>220</sup> O majoritarianismo é também uma forma de maximalismo e se opõe frontalmente à opção minimalista defendida por Sunstein (2001b).

colegiados. Nessas situações, o esforço para alcançar acordos profundos sobre todas as questões vertidas em cada um dos casos submetidos a julgamento consumiria tempo demasiado. Por outro lado, atingir o consenso acerca de questões tão profundas requer um grande e variado conjunto de informações, nem sempre disponível nos tribunais. Em segundo lugar, e mais fundamentalmente, o minimalismo tende a reduzir os erros judiciais e a torná-los menos graves.

De acordo com Sunstein (2001b), uma corte que deixa questões em aberto não encerra discussões que possam causar muitos danos e, com isso, reduz os riscos que emergem da interferência em sistemas complexos, nos quais uma única intervenção pode resultar em uma série de consequências negativas e não previstas.

Todas essas ideias envolvem a utilização construtiva do silêncio, que operam em um contexto de decisões concretas que são aceitas sem discussão por muitos ou por todas as partes envolvidas<sup>221</sup>. Os usos construtivos do silêncio se justificam tanto por razões pragmáticas quanto democráticas. Disso resulta a importância de examinar o que os juízes “não dizem e porque eles não dizem”.

#### **4.2.2 Minimalismo substancial**

Na sua forma procedimental – tópico central da análise de Sunstein (2001b) –, o minimalismo é desenhado para deixar questões em aberto, decidindo casos da maneira mais estreita possível. Ao agir dessa forma, o minimalista pretende abstrair determinadas questões substantivas, cuja discussão não é necessária para a solução do caso em apreço. Entretanto, o minimalismo procedimental remete ao minimalismo substancial que está fundado sobre um núcleo de consenso relativo à essência constitucional, quer dizer: um núcleo de

---

<sup>221</sup> Por exemplo, se os julgadores em face de um determinado caso versando sobre o direito de igualdade decidem não declarar se as escolas destinadas apenas à educação de pessoas do sexo masculino sempre violam a constituição, eles estão, ao mesmo tempo, concordando sobre inúmeras questões substantivas: o instituto da revisão judicial das leis, a proibição de leis fundadas em preconceito; a proibição de classificações fundadas no fator raça, e assim por diante. Sob este aspecto, vejam-se as considerações feitas com relação aos usos construtivos do silêncio, no capítulo 3.

questões substanciais aceitas, independentemente de qualquer discussão e a partir do qual todo minimalista irá trabalhar.

A substância minimalista pode ser capturada a partir da ideia central de que em nações democráticas o direito constitucional está assentado sobre um núcleo inafastável de compromissos relacionadas aos direitos individuais, amplamente aceitos e partilhados e judicialmente garantidos. Esse núcleo abriga abstrações parcialmente especificadas e, por esta razão, é capaz de atrair o apoio de pessoas com diferentes concepções de vida. Esses compromissos substantivos “pertencem à mesma família básica de tentativas filosóficas para descrever um núcleo substantivo de uma política liberal eficiente”<sup>222</sup>. (SUNSTEIN, 2001b, p. 63).

Todos os membros de uma cultura constitucional concordam, por exemplo, que a constituição protege amplamente o direito de o indivíduo se engajar em um dissenso político; de não ser discriminado ou desrespeitado em virtude de suas convicções religiosas, de sua raça ou sexo; de ser protegido contra a tortura ou abuso por parte do Estado; de ter acesso à justiça, entre outros.

Sunstein (2001b), de modo meramente descritivo, sintetizou esses direitos em dez compromissos básicos. São eles: i) proteção contra prisão injusta; ii) proteção do dissenso político; iii) direito ao voto; iv) liberdade religiosa; v) proteção contra invasão da propriedade; vi) proteção contra o abuso policial em face da pessoa ou da propriedade; vii) governo das leis, abrangendo garantias como anterioridade e irretroatividade das leis, princípio da estrita legalidade, princípio do juiz natural, princípio do contraditório e da ampla defesa, e direito de recorrer; viii) proibição de tortura ou qualquer abuso por parte do governo; ix) proteção contra a escravidão ou qualquer tipo de subordinação em função da raça ou sexo; e, x) proteção substantiva do corpo humano contra interferências do governo.

Ancoradas sobre esse núcleo substancial, cortes minimalistas estão comprometidas com uma série de ideais. De fato, o minimalismo preconiza a rejeição de uma postura judicial agressiva de solucionamento de grandes controvérsias de apelo moral. Isso não significa, porém, que uma corte minimalista

---

<sup>222</sup> “[...] belong in the same basic family as philosophical efforts to describe a well-functioning liberal polity’s substantive core”. [grifo do autor]. Serve de exemplo o liberalismo político de Rawls (2005).



permita, sob esse mesmo argumento, que os direitos fundamentais do indivíduo sejam violados.

Opções políticas de exclusão de grupos minoritários do processo político e dispensa de tratamento desigual impondo a certas classes sociais uma cidadania de segunda categoria são hipóteses em que se justifica uma atuação incisiva do judiciário, justamente pelo fato de que, destas arbitrariedades resulta fortemente comprometido o processo político que se busca proteger<sup>223</sup>.

Para Sunstein (2001b, p. xi), o ideal de democracia não pode ser desamarrado de sua moralidade interna própria. O autor afirma que “há uma grande diferença entre democracia, adequadamente compreendida, e qualquer coisa que determinada maioria decida fazer em um dado momento”<sup>224</sup>.

Todos os princípios que compõem o núcleo substancial minimalista permitem a convergência de pessoas com as mais diversas concepções políticas, não apenas as endossadas pela tradição liberal secular, mas também tradições religiosas e conservadoras, independentemente de fazerem ou não parte da tradição liberal.

Importante destacar que não se trata de um núcleo de princípios estático e que seu surgimento não se deu de modo repentino e instantâneo. Ao contrário, são princípios que se encontram em constante processo de elaboração, evolução, ampliação e acomodação. Sendo assim, é inevitável que ao longo do tempo esses compromissos sejam re-caracterizados e novos direitos sejam, no futuro, inseridos naquele rol de princípios. É possível, também, que os direitos que já integram esse núcleo recebam uma nova formatação e sejam, de certa forma restringidos, para atender necessidades que até então não se mostravam evidentes. (SUNSTEIN, 2001b). Esse processo de mudança e de adaptação dos direitos, por sua vez, remete diretamente à questão do minimalismo procedimental, desenvolvido caso a caso, mediante aproximações com fatos e valores envolvidos nas disputas particulares.

---

<sup>223</sup> Novamente fica claro que o compromisso primordial do minimalismo é a proteção do processo político. Mesmo sob a feição substancial, o ideal a ser atingido é o mesmo. Quer dizer, a defesa dos direitos fundamentais, para Sunstein (2001b) não se justifica pelo dano individual em si, mas, principalmente, pelo dano que pode acarretar ao processo político.

<sup>224</sup> “[...] and there is a large difference between democracy, properly understood, and whatever it is that a certain majority has chosen to do at a certain time.”

Ocorre, entretanto, que em vista da dinâmica desse núcleo de princípios, surge o problema de saber como avaliar as mudanças que se impõem, ou como enfrentar aquele conjunto de proposições mais contestadas, que, ao lado das proposições que são amplamente compartilhadas, também integram o direito constitucional. Ou, ainda, como lidar com todos aqueles outros direitos que extrapolam a lista minimalista, mas que demandam entendimento, ainda que não o consenso, na cultura legal atual.

As respostas de Sunstein (2001b) a esses questionamentos são parciais e evocam argumentos que favorecem uma compreensão particular do ideal de democracia deliberativa e permitem a identificação daquilo que compreende como a moralidade interna da democracia. Assim, partindo da aceção de que a moralidade democrática requer igualdade política, participação, deliberação e responsabilidade política, o autor propõe algumas sugestões de formato minimalista.

A partir do pressuposto de que as características mais importantes relacionadas à noção de moralidade interna da democracia se vinculam ao princípio da igualdade política, que, por sua vez, informa o princípio da liberdade de expressão, é possível a identificação das razões pelas quais um governo não pode impedir o dissenso. Além disso, esse mesmo princípio impõe uma barreira especial contra qualquer esforço do governo para refrear o discurso político.

O princípio da igualdade política serve ainda como fundamento para aplicação e atuação do princípio da igualdade. Ele mostra porque o governo não pode impor uma cidadania de segunda categoria sobre nenhuma pessoa ou grupo e porque não existem, nem podem existir, castas em uma democracia<sup>225</sup>.

Nessa linha, sob uma conformação minimalista, o compromisso com a igualdade política proíbe exclusões, de direito ou de fato, do processo eleitoral. Esse é um compromisso central para uma compreensão adequada dos direitos de liberdade de expressão e dos relativos ao processo eleitoral.

O compromisso com a igualdade política pode também ser violado por medidas que venham a refletir um desejo de humilhar ou expressar desprezo pelos cidadãos.

---

<sup>225</sup> Conferir a discussão acerca do princípio da igualdade na obra de Sunstein, intitulada **Designing democracy: what constitutions do**. New York:Oxford University Press, 2001a, p.155-182.

Quanto ao compromisso com a deliberação racional, funciona como um obstáculo contra medidas motivadas por grupos de interesse e que não encontram justificativa no interesse público geral. O requisito mínimo do princípio da igualdade é que as leis sejam justificadas em termos públicos.

O compromisso com a responsabilidade política, por sua vez, opera como um impeditivo ao exercício do poder público por pessoas que detêm uma vinculação insuficiente com o eleitorado, incluindo os juízes.

Esses compromissos fundamentais, componentes do núcleo da democracia deliberativa, servem de guia para que tribunais minimalistas, movidos pelo ideal de promoção da democracia, encontrem justificativa para as decisões que vierem a proferir em uma série de disputas. Entretanto, o espaço fora desse núcleo, que diz respeito àquele rol de interesses e direitos sobre o qual a sociedade ainda não atingiu um grau de entendimento mais amplo, impõe uma atuação muito mais cautelosa do poder judiciário. Primeiro, porque os juízes são suscetíveis a erros; segundo, porque quando o processo democrático está funcionando não há qualquer razão para se supor que deva sofrer interferências. (SUNSTEIN, 2001b).

Em síntese, o que Sunstein (2001b) pretende demonstrar com a elaboração de uma feição substancial do minimalismo é que as condutas minimalistas promovem a deliberação e os processos democráticos, sem olvidar que simultaneamente conferem proteção aos direitos fundamentais.

#### 4.3 LIMITES DA INTERVENÇÃO JUDICIAL: MINIMALISMO PROMOTOR DE DEMOCRACIA

Os preceitos constitucionais que funcionam como diretrizes para os julgamentos do judiciário são, na maioria das vezes, de textura aberta, com conteúdos que esperam ser preenchidos com valores e escolhas que emanam da sociedade em cada época – fato este que é agravado em face do pluralismo.

Nesse contexto, e especialmente nas hipóteses de invalidação das normas legais e, portanto, de substituição do julgamento político pelo julgamento

judicial, pode se verificar uma forte tensão entre o mecanismo de controle de constitucionalidade das leis e o princípio democrático.

O fato do pluralismo e também o fato da influência de outros fatores relacionados ao processo de conformação e dissenso, aos quais os indivíduos são sensíveis, fazem ver a inadequação da tese da existência de uma única resposta correta<sup>226</sup>, oculta sob o texto constitucional e aguardando ser desvelada pelo juiz. Isto leva a crer, erroneamente, que juízes e tribunais teriam a capacidade de traduzir valores sociais, políticos e religiosos, plasmados em uma constituição, como se tais valores fossem unânimes e coincidentes entre si.

Do ponto de vista democrático, não é aceitável que ao poder judiciário se atribua a tarefa de sintetizar a heterogeneidade social e de decidir legitimamente sobre os valores mais profundos da sociedade, pois, “na verdade, não há um consenso a ser revelado”<sup>227</sup>. (ELY, 2002, p. 63).

Ainda que, por hipótese se admitisse a existência de um consenso social contrário às escolhas do legislador, remanesceria o problema de que tal consenso não poderia ser decodificado de modo confiável pelos tribunais. Entre o judiciário e o legislativo, parece claro que é este e não aquele que estaria mais bem capacitado para refletir o consenso social.

Argumentos acenando que os parlamentos não são instituições completamente democráticas, que representam apenas o entrechoque de impulsos e de energias sociais, que reproduzem nas leis o antagonismo dos interesses sociais e que possuem déficit de conhecimento jurídico, pondo em questão a unidade e a coerência do próprio sistema não são bastantes para tornar o judiciário uma instituição mais democrática do que o legislativo.

O juiz do mundo real não é um Hércules capaz de tudo ver, compreender, colocar-se acima de todas as influências sociais e, assim, garantir unidade e justiça ao Direito. A sociedade, por seu turno, não é a “órfã”<sup>228</sup>, que busca o reflexo da imagem paterna no judiciário.

---

<sup>226</sup> Conferir, Dworkin (2000).

<sup>227</sup> “[...] in fact there is no consensus to be discovered”.

<sup>228</sup> A expressão “sociedade órfã” é extraída de MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade:** o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. [s.l.]:[s.n.], p. 183-202, novembro 2000.

O juiz minimalista sabe que a obstrução dos processos políticos enfraquece a democracia e, sendo cômico da suas limitações<sup>229</sup>, infere que não poderá antever todas as consequências geradas pelo impacto produzido por suas decisões na sociedade<sup>230</sup>. Por isso, ele se limita a oferecer respostas que primam pela não interferência nas questões públicas, produzindo acordos parcialmente teorizados ao decidir casos que envolvam valores fundamentais<sup>231</sup>. Por essa via, o juiz minimalista abre espaço para mais reflexão e fomenta o debate em diversos níveis: local, estadual ou nacional. Desse fato decorre a relação de estreita proximidade que se estabelece entre o minimalismo judicial e a democracia.

O minimalismo não é, entretanto, naturalmente promotor da democracia, mas se torna muito atraente ao projeto democrático quando é desta forma aplicado<sup>232</sup>. Importa, assim, distinguir claramente as decisões que “promovem a

---

<sup>229</sup> Colhe-se, nesse ponto, por incisivamente esclarecedora, a lição de Rawls (2000, p. 138): “Também suponho que os homens sofram de várias deficiências de conhecimento, pensamento e julgamento. Seu conhecimento é necessariamente incompleto, seus poderes de raciocínio, memória e atenção são sempre limitados, e seu julgamento tende a ser distorcido pela ansiedade, pelo preconceito e pela preocupação com seus próprios interesses.”

<sup>230</sup> Sob este aspecto, Sunstein (2007c, p.04) aponta como fundamental que os juízes avaliem e considerem o impacto social de suas decisões, tanto por razões consequentialistas, com foco nos efeitos negativos que podem ser gerados, quanto epistêmicas, envolvendo a humildade que deve nortear a ação dos julgadores que não podem sempre saber se estão ou não corretos acerca do significado da constituição. Especialmente nesse último caso, as convicções do público podem conter informações relevantes sobre a correção de suas conclusões. Segundo afirma: “If it is clear that a decision would outrage the public and that such outrage would be both intense and very harmful, courts have reason to hesitate before invalidating the decisions of the elected branches”. Certamente que o argumento não pode ser considerado apenas abstratamente e sua validade dependerá de inúmeras considerações empíricas e de avaliação das capacidades de diversas instituições, como por exemplo, determinar se as crenças públicas resultam de um preconceito sistêmico ou de efeitos cascatas, ou se os juízes possuem, no caso informações consistentes acerca da interpretação constitucional.

<sup>231</sup> Imagine-se que o tribunal é provocado para se manifestar sobre a constitucionalidade de uma lei que proíbe casamentos homossexuais e está convencido de que tal lei viola o princípio da igualdade. O julgamento do caso, no dizer de Sunstein (2007c) deve considerar os efeitos da decisão. Suponha-se que a consequência de uma decisão pela inconstitucionalidade da lei represente, apenas, uma precipitação de um resultado que seria alcançado mesmo sem a intervenção judicial, e que, ao mesmo tempo essa intervenção acabe causando um engrandecimento da polarização política, promovendo as chances eleitorais daqueles que se opõem às uniões homoafetivas, aumentando a hostilidade contra homossexuais. Dessa forma, a declaração de inconstitucionalidade da lei se mostraria contraproducente, no sentido particular de que reduziria, sensivelmente a probabilidade do reconhecimento social dos casamentos homossexuais.

<sup>232</sup> A proposta minimalista de Sunstein (2001b) possui muitos pontos em comum com o pensamento de Bickel (1986), ainda que diferenças importantes possam também ser visualizadas. Dentre os pontos em comum, destacam-se: apreciação das virtudes passivas das cortes, acolhimento da doutrina da “desuetude”, e uma insistência na necessidade de que a corte atue estratégica e pragmaticamente quanto à avaliação para determinar se a nação está pronta para os princípios que a corte favorece. As diferenças não são menos relevantes: o argumento principal de Sunstein (2001b)

democracia, obstruem a democracia e permitem a democracia”<sup>233</sup>. (SUNSTEIN, 2001b, p. 26).

As decisões que promovem a democracia devem estar baseadas em julgamentos proferidos por órgãos com maior representatividade democrática, ou seja, aqueles que estão sujeitos ao controle pelo eleitorado. Por sua vez, as decisões que obstruem a democracia são aquelas que retiram da arena política algumas questões, impedindo, desse modo, o debate. Já as decisões que permitem a democracia, simplesmente validam o que os processos democráticos produziram.

Para evitar a obstrução e permitir que órgãos com maior representatividade democrática sejam responsáveis pela tomada de decisões políticas, os tribunais devem preferir decisões mais estreitas e superficiais<sup>234</sup>, especialmente quando se encontram em meio a incertezas políticas. Em situações de incerteza, não há nada que possa garantir que os tribunais estejam corretos. Além disso, mesmo que as cortes estejam certas, uma decisão precipitada e ampla pode produzir efeitos sistêmicos desastrosos, impedindo a evolução e a adaptação necessárias, e o processo de discussão pública que tende a acompanhar as reformas sociais duradouras.

O minimalismo é uma forma de restrição judicial<sup>235</sup>, porém, está longe de representar uma mera postura de deferência irrestrita aos julgamentos políticos

encontra fundamento na aspiração à democracia deliberativa, com ênfase sobre o poder legislativo como sendo seu principal veículo, e não o poder judiciário. Para esse autor, o Judiciário deve desempenhar um papel mais catalítico e suplementar. Ao contrário, para Bickel (1986) é uma instituição deliberativa central, constituindo o repositório básico de princípio no governo americano. Em síntese, Sunstein (2001b) é mais cético com relação aos juízes do que com relação às instituições majoritárias e acredita que, ao menos na maior parte das vezes, seus julgamentos devem ser estreitos e superficiais.

<sup>233</sup> “[...] *democracy- promoting, democracy-foreclosing, and democracy-permitting outcomes*” [grifo do autor].

<sup>234</sup> Uma corte pode prolatar decisões minimalistas em face dos casos concretos com os quais se depara quando, por exemplo: a) invalida leis consideradas muito vagas, precisamente porque essas leis permitem que a Administração, ao invés dos legisladores, determinem o seu conteúdo; b) invoca a doutrina da “desuetude” para proibir o uso de leis que caíram em desuso e que já não são corroboradas pela opinião pública, exigindo mais em termos de responsabilidade democrática e deliberação; c) exige que determinadas questões sejam decididas pelo poder legislativo e não pela administração. (SUNSTEIN, 2001b).

<sup>235</sup> Sob o enfoque da teoria minimalista de Sunstein (2001a; 2001b), um poder judiciário que limita suas decisões às questões necessárias ao solucionamento dos casos submetidos a julgamento é capaz de promover as mais altas aspirações democráticas de uma nação, sem comprometer o processo democrático. Além disso, é provável que uma corte minimalista cometa menos erros e, acima de tudo, que os erros que, eventualmente, venha a cometer, sejam menos danosos.

feitos pelo legislador. Na verdade, o minimalismo interage de diversas formas com a validação ou mesmo com a invalidação das leis pelo judiciário, sem obstrução da democracia<sup>236</sup>.

Há decisões que invalidam os julgamentos políticos, mas, ao mesmo tempo, mantêm-se estreitas e superficiais, estimulando os processos democráticos. O que é essencial perceber, sob o foco do minimalismo, é que as invalidações dos julgamentos políticos devem ser evitadas, a menos que exista um bom argumento democrático que possa justificar referida invalidação.

Ao decidir que uma lei que pretenda regular, por exemplo, o discurso na internet, deve ser clara e específica, a corte estará, em certo sentido, promovendo processos democráticos. Neste caso, estará a exigir que o parlamento legisle com mais especificidade já que uma mera proibição de discurso “indecente” é inconstitucional por ser demasiadamente vaga. Da mesma forma, se a corte diz que qualquer discriminação contra homossexuais deve ser fundada em alguma justificativa razoável, ela estará promovendo deliberação política e garantindo que as leis não sejam simplesmente produto de preconceito.

O minimalismo é promotor da democracia não apenas no sentido de que deixa questões por serem resolvidas, mas em um sentido mais fundamental de que promove a argumentação e assegura que certas decisões importantes serão tomadas por atores com legitimidade representativa. Algumas vezes, exemplifica Sunstein (2001b), os tribunais, em seus julgamentos, afirmam que o legislativo e não o executivo é que deve tomar determinadas decisões; outras vezes os tribunais são cuidadosos em garantir que boas razões fundamentem, de fato, a legislação desafiada. Agindo dessa forma, os tribunais são minimalistas no sentido de que deixam em aberto as questões constitucionais mais difíceis e fundamentais, mas também, e especialmente, eles agem com vistas a promover responsabilidade política e deliberação democrática, garantindo que o poder público seja exercido com base em razões legítimas.

---

<sup>236</sup> Sunstein (2001b) anota que sob o ponto de vista dos processos democráticos, é possível encontrar-se decisões maximalistas e democráticas. Uma decisão ampla, e por isso maximalista, de invalidação de uma lei pode ser considerada democrática se puder ser justificada em termos democráticos. Por exemplo, Uma decisão ampla favorecendo a liberdade do dissenso político, pode perfeitamente ser qualificada como democrática.

Outro aspecto a ser observado é que uma abordagem minimalista faz, com frequência, muito sentido quando o tribunal está lidando com uma questão constitucional de grande complexidade que divide a nação e sobre a qual muitas pessoas se sentem profundamente atingidas. A melhor abordagem, nesses casos, é aquela que se mostra catalítica e não preclusiva.

Nesses casos, um juiz minimalista não relutará em invalidar uma norma legal que atente contra a democracia em seu aspecto moral interno<sup>237</sup>, como por exemplo, lei que viole a dignidade humana, que imponha ônus discriminatórios sobre determinados indivíduos, que restrinja a liberdade de expressão ou a liberdade política. Ao mesmo tempo, deverá ter a cautela de produzir decisões que não obstruam o debate democrático<sup>238</sup>, preferindo prolatar julgamentos estreitos e superficiais que resolvam o caso, sem pretender encontrar soluções para todos os demais conflitos que possam surgir no futuro, envolvendo as mesmas questões.

No âmbito do direito constitucional, portanto, o minimalismo se afigura como um instrumento de promoção do debate democrático. Mais, consiste em uma tentativa de garantir racionalidade aos argumentos que fundamentam as decisões políticas, evitando, desta maneira, que tais decisões sejam fruto de poderes faccionais ou representativos de interesses particulares. Em outras palavras, o minimalismo promotor de democracia significa garantia de ampliação do debate público e o compromisso de que as decisões políticas estejam fundadas em razões legítimas.

Esse é, pois, o tom do minimalismo de Sunstein (2001b). Um minimalismo promotor da democracia porquanto produtor de decisões que objetivam deflagrar ou aperfeiçoar os processos de deliberação democrática<sup>239</sup>. De fato, cortes minimalistas

---

<sup>237</sup> No mesmo sentido, Rawls (2000) informa que nada há que justifique a posição segundo a qual o que a maioria quer está sempre certo. Um aspecto fundamental do princípio da maioria é que o procedimento deve satisfazer as condições da justiça básica, assim compreendidas como as da liberdade política – liberdade de expressão e de reunião; liberdade de participar das atividades públicas e influenciar, por meios constitucionais, o curso da legislação.

<sup>238</sup> Como exemplo, Sunstein (2001b) refere-se às doutrinas da não delegação e da proibição de vagueza em leis que restrinjam direitos. Na mesma categoria, pertencem as decisões que se voltam contra leis em desuso que não representam mais do que julgamentos “congelados” pelo processo político.

<sup>239</sup> Sunstein (2001b) extrai dos julgados da Suprema Corte dos Estados Unidos alguns exemplos de decisões minimalistas promotoras da democracia. São eles: a) *Kent v. Dulles* – o caso envolvia a recusa em conceder passaporte a uma determinada pessoa simpatizante do comunismo. A decisão da Administração se baseava em uma lei que, em termos muito vagos conferia ao Secretário de



---

Estado o poder de emitir passaportes em observância do interesse dos Estados Unidos. Ao julgar o caso a Suprema Corte se manifestou de uma forma minimalista, declarando, simplesmente, que a lei não seria interpretada de modo a permitir que o Secretário de Estado pudesse ter o poder de limitar o direito de ir e vir das pessoas. A Suprema Corte não disse que se o Congresso Americano expressamente decidisse que o Secretário deveria ter esse poder, a lei seria julgada inconstitucional. Ao invés disso, e mais modestamente, disse que o Executivo poderia ter essa autoridade somente como resultado de uma declaração clara do Congresso. Qualquer limitação ao direito de viajar dos simpatizantes do comunismo teria que ser explicitamente autorizada pela instituição encarregada pela Constituição de criar as leis nacionais; b) *Griswold v. Connecticut* – no julgamento desse caso a Suprema Corte estabeleceu e deu origem a um amplo e controverso *direito à privacidade*. O caso versava sobre a constitucionalidade de uma lei que proibia o uso de contraceptivos, com a cominação de penalidades em caso de infração. O relator do processo, Juiz White, concordava que o Estado tinha legitimidade para banir atividade sexual ilícita, ou seja, relações pré-maritais ou fora do casamento. Porém, o que o relator não visualizava era a relação causal entre a proibição do uso de contraceptivos e o banimento de relações sexuais ilícitas. Dessa forma, concluiu que o problema, no caso, estava na ausência de nexos entre a justificativa alegada pelo Estado e a proibição particular em questão. A fragilidade da relação entre meios e fins mostrou que a lei de fato se apoiava sobre fundamentos outros que não a justificativa afirmada pelo Estado – muito provavelmente, estava apoiada sobre a crença de que o sexo, sem o objetivo de procriação era imoral, mesmo dentro do casamento. Tal crença, implícita na edição da norma, já não representava os julgamentos considerados dos cidadãos de Connecticut e, portanto, não poderia fundamentar perseguições penais. Em essência, a decisão do Juiz White evitou falar amplamente sobre um direito à privacidade e focou, mais estreitamente, na ausência de uma ligação plausível entre a justificativa do Estado e a edição da lei. Trata-se de uma decisão estreita e superficial; c) *Bakke Case* – o caso, que versava sobre ações afirmativas, ganha destaque em função da opinião altamente minimalista do Juiz Lewis Powell, principalmente em vista dos constantes ataques, em termos constitucionais, às ações afirmativas no âmbito da educação. No caso mencionado, quatro juízes entendiam que a legislação não permitia nenhuma diferenciação em função da cor da pessoa e outros quatro juízes entendiam que programas de ações afirmativas deveriam ser ratificados pela Corte como esforço de reparar os efeitos ainda presentes da discriminação ocorrida no passado. Os oito juízes buscavam, de certa forma, uma decisão ampla e que pudesse solucionar também casos futuros. Ambas as posições foram rejeitadas pelo Juiz Powell. Sua opinião debruçava-se sobre uma análise detalhada da relação entre o programa de ação afirmativa que se discutia e as justificativas invocadas em sua defesa. Do seu ponto de vista a justificativa mais importante envolvia a necessidade da escola de medicina em garantir diversidade racial no corpo discente, não porque a diversidade racial fosse um fim em si, mas porque a diversidade racial poderia promover a missão educacional da escola. Na visão do juiz, esse ponto de vista era legítimo e consistente. O problema era que o programa da Universidade da Califórnia não era adequado ou necessário para promover esse interesse. Um sistema que considerasse a raça como um *plus*, ao invés de um rígido sistema de admissão de duas vias, seria adequado aos objetivos da universidade e seria constitucionalmente aceitável. Dessa forma o Juiz Powell rejeitou tanto o ponto de vista de que todos os programas de ações afirmativas seriam ilegítimos, quanto o ponto de vista contrário, de que todos os programas desse tipo deveriam ser ratificados como resposta a uma discriminação passada. Para o juiz, a legitimidade dos programas de ações afirmativas se afere por meio de uma investigação detalhada sobre o programa em concreto, e não com base no fato de ser ou não um programa de ação afirmativa e, sobretudo, com base na análise de sua função de promover objetivos sociais legítimos. Nesse sentido afirma-se que a opinião do juiz era estreita, pois deixou em aberto muitas questões. No caso analisado, o juiz enfatizou, em particular, o fato de que o programa admissional da faculdade não havia sido elaborado por nenhum corpo democraticamente eleito, e resultava da criação de uma administração universitária, uma instituição que não possuía legitimidade democrática. Nesse sentido, a opinião do juiz foi promotora da democracia; d) *Hampton v. Mow Sun Wong* – o caso versava sobre um regulamento da Comissão de Serviço Civil que impedia que os estrangeiros ocupassem cargos em empregos públicos. Os demandantes sustentavam que a proibição violava o princípio da igualdade. O governo, por sua vez, sustentava que possuía um interesse legítimo em preservar posições no serviço público federal para cidadãos americanos. A Suprema Corte Americana rejeitou ambas as posições. Deixou em aberto a possibilidade de que houvesse interesses nacionais que justificassem a seletividade, porém, afirmou que no caso concreto, a proibição decorria de um ato da Administração e não do Congresso, fato que

são capazes de fazer com que suas decisões estimulem e promovam a própria deliberação democrática, isto por meio de abordagens comparativamente mais estreitas e que deixam as questões mais profundas em aberto.

O minimalismo é, dessa forma, desenhado para promover tanto a responsabilidade democrática quanto a discussão pública. Além disso, é apropriado e eficiente para o exercício da função jurisdicional porque concilia o Estado constitucional com o princípio democrático e promove os ideais constitucionais sem arriscar uma intervenção judicial excessiva nos domínios políticos.

#### 4.3.1 O resgate das “virtudes passivas”

A teoria minimalista é guiada por duas diretrizes básicas. A primeira delas refere que uma decisão é menos legítima do ponto de vista democrático quando prolatada pelo judiciário do que quando tomada pelo legislativo. A segunda diz que os tribunais são menos capacitados para decidir sobre direitos constitucionais do que os órgãos políticos.

Orientado por essas duas premissas, o minimalismo judicial de Sunstein (2001b) estabelece alguns pontos de contato com as virtudes passivas<sup>240</sup> do minimalismo de Bickel (1986).

De fato, a teoria minimalista compreende as virtudes passivas como princípios básicos de justiciabilidade, que funcionam como limitadores das situações de interferência do judiciário nos processos políticos, minimizando a presença deste

---

o inquinava a certo déficit de legitimidade. A Corte afirmou que se uma classe de pessoas deve ser privada de emprego público federal, essa decisão deve ser tomada por aquelas pessoas que detém a representação popular, agindo dentro da sua competência ordinária, e não por membros da Administração, invocando considerações com as quais não têm familiaridade. Com essa declaração, a Corte não negou a possibilidade de que o Congresso excluísse os estrangeiros da ocupação de cargos públicos. Essa questão foi deixada em aberto. Dessa forma, a decisão tomada foi estreita. Como a Corte também não ofereceu muitos julgamentos teóricos para o julgamento, a decisão foi também superficial.

<sup>240</sup> As virtudes passivas consistem em certos requisitos e certas limitações impostas ao conhecimento dos casos perante um tribunal, tais como o grau de controvérsia de uma questão ou o seu grau de maturidade. Trata-se de princípios que determinam em que momentos o judiciário poderá interferir.

poder na vida pública<sup>241</sup>, em resposta às considerações de que em uma democracia deliberativa, o papel do judiciário deve ser restrito e sua atuação deve ser cautelosa, de forma a promover o debate público e os processos democráticos.

Sendo assim, a ênfase sobre as virtudes passivas – exercitadas, por exemplo, quando um tribunal se recusa a conhecer determinado caso – reflete a necessidade de prudência dos julgadores, que, em certas ocasiões, devem dar espaço aos processos políticos. (SUNSTEIN, 2001b; 2007c).

Nesse sentido é que pode ser compreendida uma recusa de *certiorari*<sup>242</sup>, que se baseia na consideração de aspectos relacionados com o grau de profundidade das divergências, a necessidade de amadurecimento do debate político e a possibilidade de reações públicas adversas que poderiam ser provocadas pela decisão. Se, por um lado, uma recusa de *certiorari* pode criar uma situação de incerteza indesejável ou permitir a perpetuação de injustiças constitucionalmente inaceitáveis, por outro lado, é uma estratégia<sup>243</sup> que promove o debate político, além de favorecer a redução dos custos da decisão e de um julgamento equivocado, podendo ser considerada, então, como uma expressão do minimalismo. (SUNSTEIN, 2001b).

Importa destacar, entretanto, que compreender as virtudes como parte do minimalismo judicial não significa que devam ser exercitadas para perpetuação de injustiças. Tanto as questões substanciais quanto as questões institucionais devem ser sopesadas no momento de uma decisão particular acerca do exercício dessas virtudes.

A par das similitudes apontadas, há pontos de sensível distanciamento entre a proposta de Sunstein (2001b) e o manifesto de Bickel (1986).

---

<sup>241</sup> Uma decisão no sentido de que uma questão complexa não está madura para julgamento, por exemplo, minimiza o risco de erros e amplia o espaço para a continuidade do debate democrático.

<sup>242</sup> O *writ of certiorari* é a via de acesso mais comum à Suprema Corte dos Estados Unidos, naqueles casos em que a parte já não teria direito a recurso. Por meio desse *writ* a Corte faz um controle discricionário de quais casos serão julgados naquela instância. Conferir, a respeito: *Rules of the Supreme Court of the United States, adopted July 17, 2007 – Effective October 1, 2007*. Disponível em: <<http://www.supremecourtus.gov/ctrules/2007rulesofthecourt.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2009. Também, Hartnett, Edward A., *Questioning Certiorari: Some Reflections Seventy-Five Years After the Judges' Bill*. *Columbia Law Review*, November 2000. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=250925>>. Acesso em: 05 jan. 2009.

<sup>243</sup> No Brasil, o requisito da repercussão geral se aproxima, sob alguns aspectos, ao *writ of certiorari* do direito norte-americano.

Bickel (1986) sustenta que o poder judiciário está qualificado para controlar os atos praticados pelo legislativo e pelo executivo, justamente em função do seu isolamento em relação à pressão e à opinião públicas<sup>244</sup>. Contudo, um demasiado envolvimento nas disputas políticas representaria utilização abusiva desse poder – judiciário – e poderia minar a sua própria legitimidade. As virtudes passivas funcionariam, então, como forma de proteção contra tal risco.

O projeto de Bickel (1986) concebe o minimalismo fundamentalmente como um método de proteção do papel do próprio judiciário no sistema constitucional, podendo, por essa razão, ser descrito como “juriscêntrico”. (PETERS, 2000).

Em contraposição, o minimalismo de Sunstein (2001b) é “policêntrico”. Sua preocupação fundamental não está em preservar o judiciário, mas essencial e fundamentalmente em fortificar a legitimidade e promover a eficácia dos órgãos políticos. (PETERS, 2000).

#### **4.3.2 *Dred Scott, Brown e Roe*: a ambição da Suprema Corte norte-americana**

Parte-se, nesta seção, para a descrição de três importantes casos decididos pela Suprema Corte norte-americana. O objetivo é confrontá-los com os argumentos de Sunstein (2001b) em favor de decisões mais estreitas e superficiais.

*Dredd Scott v. Sanford*<sup>245</sup> é a decisão mais duramente criticada em toda a história da Suprema Corte norte-americana e um exemplo de tentativa mal sucedida

---

<sup>244</sup> O argumento de que o judiciário está imune à pressão e à opinião públicas é refutado no capítulo 2.

<sup>245</sup> O caso *Dredd Scott*, versava sobre a situação de um escravo negro que, levado por seu proprietário para Illinois, um território em que a escravidão havia sido abolida, pretendia ver sua liberdade declarada pela Suprema Corte, antes de retornar para territórios escravagistas nos Estados Unidos. A decisão da Corte, proferida em Março de 1857 declarou que os negros Africanos trazidos para os Estados Unidos como escravos, ou seus descendentes, escravos ou não, não estavam protegidos pela Constituição e nunca poderiam ser considerados cidadãos americanos. Além disso, estabeleceu que o Congresso dos Estados Unidos não detinha autoridade para proibir a escravidão nos territórios federais. Não bastasse, a Corte também declarou que pelo fato de que os escravos não eram cidadãos, eles não tinham o direito de demandar em juízo. Por fim, a Corte afirmou que os escravos eram propriedade de seus donos e, por essa razão, os donos não poderiam ser deles desapropriados sem o devido processo legal. Para mais detalhes da decisão proferida, confira-se

daquela corte em regular uma questão controvertida e ampla antes que o debate público pudesse tê-la enfrentado de forma mais amadurecida.

Pois bem. Em *Dredd Scott*, a Suprema Corte decidiu inúmeras questões cruciais sobre a relação entre constituição e escravidão, invalidou a Lei do Estado do Missouri, que abolia a escravidão em seus territórios, e declarou que escravos libertos não poderiam ser considerados como cidadãos diante da Constituição dos Estados Unidos. Não sendo cidadãos, não poderiam demandar em juízo perante as cortes federais<sup>246</sup>. Sunstein (2001b) considera que a decisão proferida em termos tão amplos e profundos contribuiu decisivamente para a deflagração da Guerra Civil.

Uma das características mais notáveis, sob o enfoque do minimalismo processual, é que ao invés de decidir apenas as questões necessárias ao deslinde da controvérsia, a corte invadiu domínios políticos e decidiu toda e qualquer questão envolvida no problema.

Para a solução do caso, entretanto, não havia qualquer imperativo que exigisse uma intervenção tão ambiciosa. Bem ao contrário, a corte poderia ter julgado em termos muito mais estreitos e superficiais, evitando as questões controvertidas e deixando-as em aberto. De acordo com Sunstein (2001b), após ter concluído que não detinha jurisdição sobre o caso, sob os preceitos do Artigo III da Constituição, a corte poderia, por exemplo, ter-se recusado a discutir os poderes do congresso em abolir a escravidão nos territórios. Poderia, ainda, ter-se contentado com um julgamento mais estreito, reconhecendo validade às leis do Missouri quanto à determinação do status legal de *Dredd Scott*. Em ambas as hipóteses, as questões mais profundas envolvidas no caso não teriam sido tocadas e *Dredd Scott* não teria sido mais do que um simples episódio, sem grande importância para o direito norte-americano.

Aparentemente, a corte norte-americana rejeitou a abordagem minimalista porque quis retirar a questão da escravidão do âmbito político e resolvê-la de modo definitivo. Esse curso de ação mostrou-se catastrófico, segundo Sunstein (2001b),

---

*Dredd Scott, plaintiff in error, v. John F. A. Sandford. December Term, 1856.* Disponível em: <<http://www.tourolaw.edu/patch/scott/>>. Acesso em: 28 maio 2008.

<sup>246</sup> Segundo o entendimento da Suprema Corte, escravos ou ex-escravos não poderiam ser considerados cidadãos americanos para fins de aplicação do Artigo III da Constituição dos Estados Unidos, em cujo comando se estabelece a jurisdição da Suprema Corte sobre litígios envolvendo cidadãos de Estados diferentes.

em parte em função do próprio julgamento moral feito e em parte em razão da ineficácia da sua ação em termos de papel institucional.

O fracasso da corte em comento serve como nota de cautela pois mostra que nem sempre os julgamentos morais feitos pelo judiciário são os mais corretos e que as tentativas dos tribunais em resolver questões de moralidade política de forma definitiva podem ser ineficazes ou inúteis.

Em oposição a *Dredd Scott*, o caso *Brown v. Board of Education*<sup>247</sup> é o mais celebrado da Suprema Corte norte-americana e uma das decisões mais revolucionárias do ponto de vista social em toda a sua história (FALLON, 2006).

Sob um olhar menos atento, *Brown* pode parecer como um forte exemplo contra o argumento central de que o minimalismo é a via apropriada para a solução de questões políticas ou morais sobre as quais a nação está dividida. Entretanto, um olhar mais detido revela importantes características envolvidas no litígio, capazes de desqualificar a opinião de que o caso representa uma exceção à tese geral de Sunstein (2001b).

Em primeiro lugar, e diferentemente do que ocorreu nos outros dois casos em comento, em *Brown*, a decisão da Corte não irrompeu do nada. Quer dizer, o julgamento que veio a ser proferido no caso, de que a doutrina do “separados mas iguais”<sup>248</sup> conduzia a uma violação do princípio constitucional da igualdade, já havia sido pressagiado por uma série de outros casos que confrontavam a proposição de que “separados” significava “iguais”. O confronto foi, de tal forma, fortalecendo-se que conduziu quase que inevitavelmente à sugestão de que “separados” não poderia ter o mesmo significado que “iguais”. “Em suma, *Brown* foi o ponto culminante de uma série de casos (mais minimalistas), não o primeiro deles”.<sup>249</sup> (SUNSTEIN, 2001b, p. 38).

---

<sup>247</sup> No caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, a Suprema Corte dos Estados Unidos superou julgamentos anteriores e declarou que as leis estaduais que estabeleciam escolas públicas separadas para alunos negros e brancos negava aos alunos negros iguais oportunidades em termos de educação. A decisão unânime prolatada em 17 de maio de 1954 declarou que a doutrina do “separados mas iguais” não encontrava espaço no âmbito da educação pois a segregação, como fato social e psicológico, transmitia uma mensagem de inferioridade baseada na raça. Conferir, acerca da decisão: *Brown et al. v. Board of Education of Topeka et al. May 17, 1954*. Disponível em: <<http://www.tourolaw.edu/patch/Brown/>>. Acesso em: 28 maio 2008.

<sup>248</sup> A doutrina do “separados mas iguais” foi elaborado no julgamento do caso *Plessy v. Ferguson*, E, 1896. (FALLON, 2006).

<sup>249</sup> “In short, *Brown* was the culmination of a series of (more minimalist) cases, not the first of its kind.”

Um segundo aspecto diz respeito ao fato de que a decisão prolatada em *Brown* não impôs uma dessegregação imediata nas escolas. Na verdade, um ano após a primeira decisão, que nada disse sobre como operacionalizar a proibição de segregação, a Suprema Corte norte-americana prolatou uma segunda decisão, dedicada exclusivamente à questão de remediar o fato da segregação escolar.

Nessa segunda decisão, a chamada decisão remédio, a corte declarou que a responsabilidade pela dessegregação deveria recair, em primeiro lugar, sobre as autoridades estaduais e locais, e não sobre as cortes federais, e que as autoridades não necessitavam proceder imediatamente, mas de forma ágil e eficiente<sup>250</sup>.

Sunstein (2001b) considera que a decisão proferida no caso *Brown II*, está revestida de uma dimensão minimalista porque permitiu um amplo espaço para discussão e diálogo por meio da fórmula adotada de não impor a dessegregação imediatamente.

De certo modo, a decisão não tocou em muitas questões importantes em termos de operacionalização dos seus comandos e permitiu que tais questões fossem tratadas pelas autoridades administrativas em outros fóruns. Na verdade, o processo de dessegregação envolveu, em última instância, os poderes legislativo e executivo, e não apenas o judiciário.

É certo que muitas objeções em termos morais e até mesmo estratégicos poderiam ser apresentadas para confrontar o grau de flexibilidade permitido pela Suprema Corte norte-americana na concretização de sua decisão. Entretanto, o ponto relevante é que a ela não impôs seu princípio de forma brusca, permitindo, espaço para que outros ramos do governo e a sociedade discutissem e se adaptassem ao princípio formulado. Nesse sentido é que a decisão prolatada em *Brown* pode ser considerada como uma decisão minimalista promotora da democracia.

No caso *Roe v. Wade*, tido como uma das questões mais controvertidas e politicamente mais significativas do direito constitucional americano<sup>251</sup>, a Suprema Corte foi chamada, pela primeira vez, a decidir se a Constituição conferia um direito

---

<sup>250</sup> “At all deliberate speed”, declarava a decisão remédio, no caso *Brown II*. (FALLON, 2006).

<sup>251</sup> Conferir FALLON (2006).

à privacidade que garantisse e protegesse a escolha de se realizar um aborto. Ao julgar o caso, a Suprema Corte declarou que o direito ao aborto está inserido no direito constitucional à privacidade, protegido pela Décima Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos, mas, ao mesmo tempo, estabeleceu um elaborado sistema de regras e padrões para cindir a gestação em três trimestres distintos. Dessa forma, a decisão conferiu às mulheres total autonomia sobre a gravidez durante todo o primeiro trimestre, período no qual o feto ainda não se mostra viável<sup>252</sup>, em termos médicos, para a vida extra-uterina. Por essa razão, o Estado não teria interesse em protegê-lo. Igualmente, os índices de mortalidade decorrentes de abortos realizados até o primeiro trimestre gestacional não são maiores do que os índices de mortalidade decorrentes de partos, o que desconfiguraria qualquer interesse do Estado em proibir o aborto com fundamento na preservação da vida da mãe. Para o segundo e o terceiro trimestres foram identificados diferentes níveis de interesse estatal em interferir na escolha individual acerca do aborto. Assim, uma proibição legal com relação ao aborto durante o segundo trimestre de gravidez somente seria considerada constitucional se objetivasse preservar a vida da gestante. A partir do terceiro trimestre o Estado estaria legitimado a proibir o aborto com vistas à proteção do feto.

Pela ótica do minimalismo, um aspecto importante do caso em comento é a alegação de *Roe* de ter sido estuprada. Em vista disso, Sunstein (2001b) sugere que a Suprema Corte norte-americana poderia ter resolvido a controvérsia em termos mais restritos, por exemplo, declarando simplesmente que o Estado não pode proibir uma mulher de realizar um aborto em caso de estupro, ou que o Estado não pode banir o aborto em toda e qualquer circunstância. Uma decisão de natureza minimalista, acrescenta o autor, “teria deixado em dúvida o status constitucional do direito ao aborto. Teria deixado os detalhes, pelo menos em um primeiro momento,

---

<sup>252</sup> A Suprema Corte definiu o feto viável como sendo aquele que fosse potencialmente capaz de sobreviver fora do útero, ainda que com auxílio de equipamentos. Ainda, segundo o entendimento da Corte, a viabilidade ocorre, normalmente a partir da vigésima – oitava semana de gravidez, podendo ocorrer mais cedo, a partir da vigésima quarta semana. Sobre a decisão no caso *Roe*, conferir *Roe v. Wade, decided January 22, 1973*. Disponível em: <<http://www.tourolaw.edu/Patch/Roe/>>. Acesso em: 28 maio 2008.



para serem resolvidos por cortes inferiores e julgamentos democráticos”<sup>253</sup>. (SUNSTEIN, 2001b, p. 37).

É difícil avaliar a hipótese de abordagem minimalista a partir de uma perspectiva substancial. Talvez, sob o ponto de vista de uma teoria constitucional substantiva o julgamento em *Roe* esteja correto. É possível admitir, também que a aferição do custo decisório e do custo de um erro envolvendo a questão debatida, justificasse a decisão tomada pela Corte. O foco de Sunstein (2001b), porém, recai sobre o fato de que é razoável acreditar que o processo democrático teria se saído muito melhor com a questão do aborto se a Corte tivesse procedido de forma mais cautelosa e humilde e, especialmente, de forma mais interativa.

#### 4.4 OUTRAS VIRTUDES DO MINIMALISMO

Além de estar associado aos ideais democráticos, o minimalismo pode contribuir grandemente para a redução dos custos gerados pela tomada de decisões e daqueles decorrentes de decisões equivocadas.

O fato das limitações de conhecimento, comunicação e tempo que afetam os juízes torna o processamento das informações uma tarefa bastante difícil, o que acaba por impor à atividade jurisdicional um alto custo, tanto com relação à tomada de decisões quanto com relação aos erros que podem eventualmente decorrer destes julgamentos.

Com efeito, a escassez de tempo, a insuficiência de informações precisas, as pressões impostas nas cortes e o próprio desacordo são elementos que oneram significativamente o processo de tomada de decisões; ônus que, no contexto judicial, é suportado tanto pelas partes quanto pelos juízes.

Um problema particular refere-se à dificuldade de antecipar consequências negativas e não desejadas que possam ser produzidas em virtude dos julgamentos proferidos. Essas consequências são geradas especialmente em

---

<sup>253</sup> “[...] would have left the ultimate constitutional status of the abortion right in considerable doubt. It would have left the details undecided, to be filled in, at least in the first instance, by lower courts and democratic judgments”. (SUNSTEIN, 2001b, p. 37).

razão da dificuldade de se enxergar todos os efeitos sistêmicos e complexos<sup>254</sup>, que podem resultar de interferências particulares<sup>255</sup> em sistemas nos quais “tudo está vinculado a tudo o mais e nos quais uma única intervenção irá afetar um número de partes que provavelmente não estarão no campo de visão das autoridades”<sup>256</sup>. SUNSTEIN (2001b, p. 52).

Em face da percepção de suas próprias limitações e do reconhecimento desses problemas, é racional que os julgadores busquem estratégias para reduzi-los, o que explica sua natural atração pelo minimalismo.

No dizer de Sunstein (2001b, p. 47), “Eles sabem que não sabem”<sup>257</sup> e as decisões de feição minimalista, tomadas caso a caso, apresentam-se como resposta adequada e eficiente para a redução dos custos envolvidos no processo decisório e para a minimização do número e seriedade dos erros que deste processo podem advir. As decisões minimalistas são capazes de servir de contraponto às dificuldades impostas pela racionalidade limitada, incluindo-se a dificuldade de antecipação dos eventuais efeitos adversos das decisões.

A tentativa de gerar decisões que pudessem abrigar todas as situações imagináveis e esgotar todos os aspectos envolvidos em questões polêmicas demandaria tempo excessivo e exigiria uma gama de informações e conhecimento que os juízes não dispõem<sup>258</sup>. Além disso, pela perspectiva da possibilidade difusa

<sup>254</sup> Serve como ilustração dos problemas que os juízes enfrentam sempre que são chamados a invalidar normas em termos constitucionais o exemplo oferecido por Sunstein (2001b) acerca do reconhecimento de um direito ao suicídio assistido, o que, em princípio poderia parecer atraente e adequado. Todavia, uma declaração judicial de um tal direito representaria uma intervenção em um sistema complexo de interações entre familiares-paciente-médico, cujo resultado poderia ser a redução da autonomia do paciente com consequências muito funestas para pacientes terminais. Para uma abordagem mais aprofundada sobre o *direito de morrer* conferir SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2001b, p. 75-116.

<sup>255</sup> A respeito da dificuldade em se prever os efeitos das interferências em sistemas complexos são interessantes os estudos de Dietrich Doner, *The Logic of Failure*. New York: Free Press, 1996; e James Scott, *Seeing like a State: how certain schemes to improve human condition have failed*. New Haven: Yale University Press, 1998.

<sup>256</sup> “[...] in which everything is connected to everything else, and in which a one shot intervention will affect a number of parts not likely to be on the official’s viewscreen.”

<sup>257</sup> “They know that they do not know”.

<sup>258</sup> Até aqui se sugeriu que o minimalismo é desejável em função dos custos envolvidos no processo de tomada de decisões. Esse argumento, porém, é suscetível de algumas objeções, pois em diversas oportunidades, o estabelecimento de regras claras e precisas é que irá contribuir para a redução do custo das decisões, seja em função da facilitação de decisões futuras, seja em função da oportunidade de planejamento que uma decisão ampla confere. Com efeito, uma corte que

de modificação das circunstâncias, o argumento minimalista se mostra mais forte<sup>259</sup>, pois é provável que “as coisas sejam muito diferentes em um futuro próximo; talvez os fatos relevantes e os valores mudem, e assim uma regra que se ajuste às situações presentes se tornará anacrônica”<sup>260</sup>. (SUNSTEIN, 2001b, p. 48).

Além dos custos das decisões, há que se considerar também os custos que podem advir de decisões equivocadas, eis que são capazes de afetar o sistema legal e social como um todo. Refere-se, aqui, aos custos dos erros. Os custos dos erros são determinados tanto em função do seu número quanto da sua magnitude. Sendo assim, custos elevados podem decorrer tanto de um grande número de pequenos equívocos quanto de um pequeno número de grandes equívocos. Uma decisão de abrangência ampla afetará muitos casos subsequentes, podendo, se estiver errada, impor à sociedade custos extremamente altos.

Em grande medida, a utilização do minimalismo se justifica em função dessa preocupação – de que decisões amplas equivocadas podem produzir custos deveras elevados. Como uma decisão mais ampla, produzida hoje, pode se revelar equivocada no futuro, “uma abordagem mais lenta e evolutiva, envolvendo o acréscimo de julgamentos caso a caso, poderia produzir, em média, menos erros, já que cada decisão seria apropriadamente informada por uma compreensão dos fatos particulares”<sup>261</sup>. (SUNSTEIN, 2001b, p. 49).

As mudanças circunstanciais e a insuficiência de informação são argumentos cruciais em favor do minimalismo decisional. Não é difícil pensar, por

economiza nos custos das decisões, pode, nesse processo, estar simplesmente “exportando” esses custos para outras pessoas, que em face de casos futuros terão que suportar o ônus de dar conteúdo ao direito em disputa. Esses custos também podem recair sobre aquelas pessoas que precisam planejar suas ações e que, em face de uma decisão superficial e estreita, deverão “suportar” qual o melhor direito. Sendo assim, parece razoável admitir que uma decisão estreita possa conduzir a custos agregados altos já que os litigantes e cortes inferiores irão se deparar com as mesmas questões em casos subsequentes. De fato, parte do argumento em favor da amplitude está vinculado ao fato de que quando o Direito é incerto, os custos das decisões proliferam, sendo especialmente perniciosos quando o planejamento é elemento importante e necessário.

<sup>259</sup> Sunstein (2001b) defende que a abordagem minimalista é coerente, por exemplo, com relação à aplicação dos princípios da liberdade de expressão no tocante às novas tecnologias de informação, uma vez que estão sujeitas a mudanças rápidas e frequentes.

<sup>260</sup> “[...] things will be quite different in the near future; perhaps relevant facts and values will change, and thus a rule that is well suited to present conditions may become anachronistic.”

<sup>261</sup> “A slower and more evolutionary approach, involving the accretion of case-by-case judgments, could produce fewer mistakes on balance, since each decision would be appropriately informed by an understanding of particular facts.”

exemplo, na dificuldade em se estabelecer regras eficazes e adequadas para a solução de todos os casos que envolvam questões de biodireito ou bioética.

Por outro lado, pela ótica de um judiciário teoricamente mais ambicioso, a ênfase é colocada geralmente sobre a necessidade de garantir que os direitos individuais sejam respeitados e que a sociedade seja justa<sup>262</sup>.

Afirma-se que a violação dos direitos e as injustiças devem ser, de pronto, repelidas pelos juízes. Esses seriam argumentos de difícil refutação se os juízes estivessem, de fato, em posição de tomar decisões acuradas sobre o que a justiça requer. Porém, levando-se em consideração que os juízes cometem erros e que os custos destes erros serão tanto mais altos quanto maior for o favorecimento da amplitude e profundidade nas decisões judiciais, o minimalismo se justifica como um meio de aumentar e não reduzir a justiça, e de aumentar e não reduzir o reconhecimento dos direitos, adequadamente compreendidos.

Todavia, um ponto não pode ser esquecido. Apesar da defesa que Sunstein (2001b) promove em favor da via minimalista, ao longo de sua obra, fica expresso o reconhecimento de que nem sempre será este o melhor meio para a redução do custo das decisões e dos erros. Em muitas oportunidades, como quando o planejamento é necessário, ou até mesmo em contextos nos quais os julgadores estejam seguros acerca de um julgamento mais amplo ou de um argumento teórico mais profundo, uma regra ampla será melhor do que um julgamento mais restrito.

Em contrapartida, há inúmeros contextos em que a via minimalista se apresenta como a mais adequada, tanto sob o ponto de vista da redução dos custos das decisões e dos erros quanto sob a perspectiva democrática. Bem vistas as coisas, então, seria um erro desejar afirmar, abstratamente, que o minimalismo é sempre uma boa estratégia ou que se configura, de todo, um equívoco.

A aferição, portanto, do valor e da adequação da abordagem minimalista irá depender de considerações contextuais. O único aspecto que para Sunstein (2001b) parece claro é que, algumas vezes, mesmo abstratamente, a abordagem minimalista será o melhor caminho para a redução do custo total dos erros e das decisões.

---

<sup>262</sup> Conferir, a exemplo, a concepção do Direito como integridade de Dworkin (2007).

#### 4.4.1 Analogia, acordos parcialmente teorizados e o projeto minimalista

A analogia é parte importante do projeto minimalista porque reduz a necessidade de grandes construções teóricas para a solução dos casos<sup>263</sup>. Certamente, para se afirmar que um caso é semelhante a outro, alguma razão ou princípio é exigido como fundamento, porém, uma razão ou princípio que, de modo geral, opera em um nível mais elementar de ambição teórica.

Além disso, por meio do processo de interpretação analógica, a norma legal que se pretende extrair do caso concreto é elaborada a partir de uma análise das particularidades do caso, da sua relação de semelhança com o caso paradigma, com referência a um conjunto de pontos fixos compartilhados, e especialmente por uma perspectiva ascendente. Quer dizer, a norma é construída de baixo para cima e não imposta de cima para baixo.

O processo de análise das particularidades de cada caso, além de conferir um grau maior de flexibilidade ao julgamento, permite que o juiz proceda de forma a proferir decisões mais estreitas. Dessa maneira, tem-se como certo que algumas das preocupações centrais do minimalismo, como o ônus da tomada de decisões, o risco dos erros e a mutabilidade das condições, encontram-se e são identificadas na via analógica de solução dos casos.

No âmbito do Direito, a interpretação analógica possui quatro traços diferentes mas sobrepostos, que, tomados em conjunto, são capazes de produzir tanto as virtudes quanto os defeitos<sup>264</sup> desta técnica interpretativa. São eles: consistência principiológica; foco nas particularidades; julgamentos parcialmente teorizados; e princípios operando em um nível inferior ou intermediário de abstração.

---

<sup>263</sup> Em face do minimalismo, a interpretação analógica assume um papel preponderante no processo decisório.

<sup>264</sup> A aplicação da analogia envolve um processo de identificação das semelhanças e diferenças entre o caso tomado como paradigma e o caso a ser solucionado, bem como, a determinação do grau de relevância entre essas semelhanças e diferenças. Esse processo, portanto, depende de uma seleção de determinados fatos e valoração desses fatos pelo julgador, que, como qualquer outro tipo de juízo de valor que é feito, não estará imune à concepção de vida e valores desse julgador. Percebe-se, desse modo, que há um risco de erro, tendenciosidade e/ou inadequação na seleção dos fatos envolvidos nesse processo. Verifica-se com isso que a analogia não garante que se chegue à verdade nem que bons resultados serão produzidos.

A exigência de consistência principiológica é marca característica do raciocínio analógico. Desse modo, julgamentos sobre casos específicos devem ser consistentes uns com os outros e produzir coerência com princípios que harmonizam situações aparentemente distintas, e que podem explicar os casos colocados sob a sua influência. (SUNSTEIN, 1998).

Outra característica diz respeito à ênfase que é dada às particularidades do caso. Em outras palavras, a analogia é uma forma de casuísmo, no qual o raciocínio opera de modo ascendente e não descendente. O ponto chave, aqui, é que o raciocínio analógico envolve um processo no qual os princípios são desenvolvidos a partir e em constante referência com os casos particulares.

Ainda no tocante às características do raciocínio analógico, sobrepõe a sua íntima relação com os julgamentos parcialmente teorizados, uma vez que não opera por meio de teorias profundas. Os fundamentos que sublinham as decisões sobre o caso particular são parcialmente teorizados e não requerem elucubrações teóricas de grande profundidade e abrangência.

Como último traço característico, tem-se que o raciocínio analógico produz princípios que operam em um nível inferior ou intermediário de abstração, permitindo que as pessoas possam convergir quanto aos princípios básicos, a partir de diversos e distintos fundamentos ou mesmo sem que compreendam bem qualquer fundamento.

O aspecto mais relevante, porém, com relação à utilização da analogia em Direito, possui uma dimensão democrática, pois “as pessoas podem, com frequência, alcançar um acordo acerca de uma analogia quando discordam sobre questões teóricas mais complexas”<sup>265</sup>. (SUNSTEIN, 2001b, p. 43).

Os julgamentos feitos com base em analogias<sup>266</sup> simplificam o processo decisório e podem reduzir os ônus da tomada de decisões. Além disso, a análise

---

<sup>265</sup> “[...] people can often reach agreement on an analogy when they disagree about the most complex theoretical issues”. (SUNSTEIN, 2001b, p. 43).

<sup>266</sup> Para Sunstein (1998; 2001b), mesmo nos sistemas de *civil law*, se verifica uma forte presença de casuísmo e espaço para a analogia. Conforme esclarece o autor, a oposição entre os sistemas de *civil law*, caracterizado pelo ideal do governo das leis e *common law*, marcado pelo casuísmo relaciona-se com duas concepções de sistemas legais: a primeira concepção, associada à Jeremy Bentham, enfatiza a criação e aplicação de normas legais previamente estabelecidas e bem definidas. Sob a perspectiva de Bentham as autoridades públicas devem evitar as cláusulas gerais e abertas e não devem focar em circunstâncias individuais para aplicação das leis. Trata-se de um sistema que confere direcionamento às autoridades públicas, inclusive, julgadores, e cidadãos por

dos casos demandará muito menos tempo, eis que os esforços em se descobrir os profundos fundamentos de determinada área do Direito serão dispensáveis. Não bastasse isso, o processo casuístico de decisão reduz a margem de erros, uma vez que enfatiza as particularidades de cada caso, ao mesmo tempo em que mantém certo grau de flexibilidade para o futuro. (SUNSTEIN, 2001b).

#### 4.5 PROBLEMAS COM O MINIMALISMO

O minimalismo decisional é um curso de ação apropriado somente em determinados contextos, não sendo possível afirmar, abstratamente, que é melhor ou pior do que outras alternativas. Portanto, não seria coerente dizer que se trata de um método a ser aplicado por todos os juízes e a qualquer tempo. Muitas objeções são cabíveis contra esse tipo de abordagem, inclusive, a de que se configura em uma ação que pode comprometer objetivos democráticos<sup>267</sup>.

De fato, nenhum dos argumentos que se propõem em defesa do minimalismo está imune a objeções e críticas. Com relação à redução dos custos das decisões e dos custos dos erros gerados por elas, é possível que um padrão minimalista de atuação simplesmente resulte na transferência de custos para juízes

---

meio de *regras claras e abstratas, estabelecidas anteriormente a sua aplicação*. A segunda concepção, associada a William Blackstone, foca na construção do Direito no momento de sua aplicação, por meio de decisões casuísticas, ajustadas às circunstâncias individuais e particulares do caso e, com larga utilização da analogia. Segundo esta corrente o problema com normas gerais e abstratas é que tendem a se revelar irrazoáveis em determinadas situações concretas. Sunstein (1998) compreende que os sistemas legais possuem espaço tanto para normas quanto para o casuismo e aponta para um entendimento mais refinado do governo das leis. Segundo o autor, o sistema do governo das leis não admite uma irrestrita discricionariedade dos julgadores, mas, ao mesmo tempo reconhece as vantagens da análise das particularidades do caso concreto e por isso não proíbe o recurso a instrumentos da casuística, como a analogia, os princípios e as cláusulas gerais. A compreensão desses recursos revela a complexidade do sistema do governo das leis e demonstra a possibilidade de se evitar uma irrestrita discricionariedade em meio a formas particularistas de julgamentos. Ao invés do contraste, Sunstein (1998) enxerga pontos de aproximação entre os dois sistemas, pois assim como a analogia, as normas legais contribuem para o solucionamento dos casos sem que haja necessidade de se discutir sobre princípios de grande profundidade. Por outro lado, nem o uso de normas, nem o recurso do casuismo podem garantir resultados sempre justos e razoáveis; ambos os sistemas apresentam vantagens parciais. Assim, afirma que a viabilidade de um sistema legal depende da utilização tanto de normas quanto da analogia.

<sup>267</sup> Como por exemplo, o ideal democrático de garantia dos direitos fundamentais, já que o jurisdicionado ficaria totalmente desprotegido no caso de violação desses direitos.

e tribunais envolvidos em casos futuros. Além disso, esses custos exportados podem tornar-se significativamente maiores, uma vez que os participantes do debate democrático estarão privados de um cenário claro e certo sobre o qual atuar<sup>268</sup>.

De igual modo, não se pode ter garantia de que um julgamento mais estreito e/ou superficial em um determinado caso irá, de fato, contribuir para a redução dos custos agregados dos erros. É possível que a decisão minimalista prolatada nesses casos venha, ela própria a produzir uma série de erros em casos subsequentes que poderiam ter sido evitados se no caso original o tribunal tivesse sido capaz de produzir uma regra geral e um julgamento bem fundamentado e elaborado, evitando que julgadores subsequentes tivessem dificuldades de interpretar a decisão proferida.

Outro problema, especialmente importante e aqui já mencionado, alude à necessidade imperativa de planejamento em determinadas situações. Nesse sentido, o minimalismo pode ameaçar o governo das leis na medida em que não assegura que os julgamentos sejam proferidos de forma a assegurar, antecipadamente, normas claras e definidas acerca das questões em debate. Em inúmeros contextos, “melhor do que o Direito ter um conteúdo específico é que as pessoas saibam o que é o Direito.” (SUNSTEIN, 2001b, p. 55)<sup>269</sup>.

Com relação à democracia em seu aspecto substancial, é razoável admitir que o minimalismo não seja a melhor via quando confrontado com julgamentos não minimalistas que possam determinar com clareza o conteúdo e a extensão dos direitos que perfazem o núcleo moral interno democrático. Do ponto de vista democrático, julgamentos não minimalistas certamente seriam melhores e mais úteis se, de fato, estivessem corretos<sup>270</sup>.

---

<sup>268</sup> Problemas desse tipo podem ser significativos em contextos em que são discutidos, por exemplo, direitos de homossexuais, nos quais a ausência de normas claras com as quais avaliar as questões constitucionais tem produzido enorme complexidade em casos subsequentes. (SUNSTEIN, 2001b).

<sup>269</sup> “[...] it is more important for people to know what the law is than for the law to have any particular content”.

<sup>270</sup> Um sistema de liberdade de expressão eficiente, por exemplo, provavelmente irá depender de um conjunto de princípios de liberdade de manifestação do pensamento que sejam amplos, independentemente de serem ou não profundos. Dessa forma, é possível que decisões não minimalistas sejam desejadas, afirma Sunstein (2001b), como meio de garantir aderência às pré-condições do próprio sistema democrático. As constituições podem ser compreendidas como um esforço em se determinar essas pré-condições.



Paralelamente, com relação ao processo democrático, a opção em favor do minimalismo também não se revela tão clara e evidente. É possível que a questão em discussão não caiba na escolha democrática, seja porque o interesse em disputa deva ser retirado da esfera política, seja porque os processos de deliberação democrática existentes apresentam problemas que os impede de ser eficientes.

Com efeito, grupos de interesse bem organizados podem viciar e frustrar processos deliberativos, levando à produção de legislação irrazoável ou bloqueando mudanças não somente desejáveis mas também desejadas.

Acresça-se, ademais, que regras bem definidas sob a forma de validações maximalistas, quer dizer, amplas e/ou profundas, podem também impulsionar a democracia. De fato, tanto as invalidações quanto as validações maximalistas podem ser justificadas em termos democráticos. Como resultado dessas decisões maximalistas, as questões e os grupos de interesse podem ser conduzidos para fora dos tribunais e levados para arenas mais democráticas. Esse movimento, conseqüentemente, contribui para a profusão do debate democrático<sup>271</sup>.

Por todas essas considerações e objeções é pertinente a advertência que faz Sunstein (2001b), no sentido de que não é possível decidir abstratamente se e quando o minimalismo é apropriado. Como afirma:

A escolha entre o minimalismo e outras alternativas depende, em parte, de considerações pragmáticas e, em parte, do julgamento acerca da capacidade dos vários atores institucionais. É certo que se pode rejeitar o minimalismo em favor de regras se elas forem suficientemente boas, se reduzirem os custos das decisões e se as demais alternativas produzirem equívocos. É certo, ainda, que o minimalismo poderia ser rejeitado se a Suprema Corte pudesse, com destreza, elaborar boas regras e teorias e se as cortes inferiores e outras autoridades não pudessem desenvolver tão bem esse papel. Se os processos democráticos não são deliberativos e falham em compilar e usar a informação disponível, as cortes devem ser menos cautelosas em interferir<sup>272</sup>. (SUNSTEIN, 2001b, p. 56-57).

---

<sup>271</sup> Como exemplo, Sunstein (2001b) faz referência à hipótese de um tribunal decidir que o governo tem autoridade para estabelecer qualquer lei com relação aos homossexuais. Como resultado, maior pressão se faria sobre o Congresso para que respondesse adequadamente ao problema em jogo.

<sup>272</sup> "The choice between minimalism and the alternatives depends partly on pragmatic considerations and partly on judgments about the capacities of various institutional actors. Of course we might reject minimalism, and favor rules, because we are convinced that the proposed rules are good enough, that they will reduce costs of decisions and that the alternatives will produce considerable error. Of course

Na verdade, o que deve ser posto em relevo com relação aos problemas com o minimalismo é que, muito dificilmente, um argumento genérico e abstrato servirá para determinar a oportunidade e a pertinência da abordagem minimalista, pois não há casos descontextualizados para o minimalismo. Imperioso é também mencionar que questões mais particulares sejam analisadas para que se possa determinar em quais situações “deixar as questões em aberto é uma alternativa eficiente”<sup>273</sup>. (SUNSTEIN, 2001b, p. 57).

#### 4.6 QUANDO O MINIMALISMO?

Do fato de que sob determinadas circunstâncias se justifica a adoção de decisões mais abrangentes também se retira que as virtudes de um ou outro modelo de decisão, quer dizer, que decisões judiciais amplas ou estreitas são contingentes e se vinculam às particularidades envolvidas em cada caso, como por exemplo, o fato da insuficiência de informação dos juizes, o fato de que os valores relevantes não estejam suficientemente claros, ou o fato da permanência e continuidade do debate democrático.

Com esse foco, são diversas as áreas em que se pode visualizar a presença de elementos que reforçam o argumento em favor da adequação de decisões de feição minimalista. São exemplos a liberdade de expressão e a internet – um tema que envolve a questão da insuficiência de informação; o homossexualismo – envolvendo debate democrático contínuo; e ações afirmativas, tema que envolve insuficiência de informação, valores não claramente determinados, e debate permanente. Em todas essas áreas, uma abordagem maximalista do Direito, com a produção de decisões que pretendessem atingir e regular não apenas o caso concreto, mas outros casos futuros seria um erro que resultaria na obstrução dos processos democráticos.

---

we could be confident in rejecting minimalism if the Supreme Court were excellent at developing both rules and theories, and if lower courts and other officials were very poor at both. If democratic processes are not deliberative and fail at compiling and using information, courts should feel less caution about intruding into them”.

<sup>273</sup> “[...] leaving things open is an efficient option”.

Em outros casos, o minimalismo não se mostra apenas desejável, mas inevitável, porquanto pode ser a única via possível para que tribunais colegiados, incapazes de conciliar seus desacordos, possam chegar a uma decisão. De certo modo, em meio ao desacordo insuperável, a convergência somente é atingida diante de decisões restritas.

Da mesma forma, o minimalismo será, provavelmente, o melhor caminho em se tratando de casos que envolvem questões de alta complexidade ética e factual e que produzem desacordo e debate democrático.

Por outro lado, quando a necessidade de planejamento se mostra relevante ou quando os juízes estão seguros com relação a uma decisão de proporções mais amplas e profundas, abordagens “não” minimalistas podem ser mais factíveis.

Pois bem. De tudo isso resulta a utilidade de algumas generalizações. Assim, tem-se que uma decisão mais ampla e profunda se revela mais valiosa em situações que: a) os juízes estão consideravelmente confiantes quanto ao mérito da solução proposta; b) a solução é capaz de reduzir os custos da incerteza para tribunais e litigantes em casos futuros<sup>274</sup>; c) o planejamento antecipado é importante; e d) uma abordagem maximalista venha a contribuir para a promoção de objetivos democráticos, tanto por criar pré-condições favoráveis à democracia quanto por oferecer incentivos eficazes para os representantes eleitos.

De outra vertente, o minimalismo se torna mais atraente quando: a) os juízes estão operando em meio a incertezas morais e fáticas, constitucionalmente relevantes, e as circunstâncias estão em rápida transformação; b) for provável que a

---

<sup>274</sup> É exemplo de decisão maximalista, especialmente quanto à dimensão da amplitude, aquela proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 197.917, no qual o tribunal deu interpretação à cláusula de proporcionalidade prevista no inciso IV do artigo 29 da Constituição da República de 1988, que cuida da fixação do número de vereadores em cada Município. Em face da referida decisão, o Tribunal Superior Eleitoral adotou o posicionamento do STF e editou a Resolução nº 21.702/2004, dando ao julgamento eficácia *erga omnes*. Posteriormente, essa Resolução foi alvo de duas ações diretas de inconstitucionalidade, ADI nº 3.345 e ADI nº 3.365, ambas rejeitadas sob o argumento de que ao expandir a interpretação constitucional definitiva dada pelo Supremo Tribunal Federal, na condição de guardião maior da supremacia e da intangibilidade da Constituição da República, aos dispositivos constitucionais em discussão, o Tribunal Superior Eleitoral nada mais fez do que se submeter ao princípio da força normativa da Constituição. Com relação ao Recurso Extraordinário e às ADIs, consultar: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. RE 197.917. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(197917.NUME.%20OU%20197917.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(197917.NUME.%20OU%20197917.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 08 jul. 2008.

solução dada ao caso venha a ser mal compreendida ou a criar confusão na análise de casos futuros; c) a necessidade de planejamento não é significativa; d) as pré-condições de um autogoverno democrático não estão em risco; e) for pouco provável que os objetivos democráticos sejam alcançados por meio de julgamentos peremptórios.

Daí segue a conclusão de Sunstein (2001b, p. 59) no sentido de que o caso adequado para o minimalismo não pode ser separado de uma avaliação das controvérsias substantivas implícitas sendo certo que:

O caso para o minimalismo é especialmente forte quando a área envolve uma questão altamente controversa que vem recebendo atenção democrática contínua. Em tais áreas, as cortes devem, estar cientes que mesmo podendo confiar em suas convicções mais profundas, elas podem cometer equívocos. [...] Um erro desse tipo dificilmente será inócuo; suas consequências podem ser desastrosas e de difícil correção. Mesmo não versando sobre moralidade constitucional, a questão pode envolver déficits informacionais a sugerir que a corte deva proceder minimamente, deixando muitas questões em aberto<sup>275</sup>. (SUNSTEIN, 2001b, p. 59).

Não se quer negar, com isso, que uma solução ampla e profunda proferida por um tribunal não possa estar correta. É razoável admitir que um tribunal seja capaz de identificar o resultado justo ou mais justo para o caso sob julgamento. Porém, o argumento forte de Sunstein (2001b) em favor do minimalismo é que, mesmo que esteja correta, uma decisão pode produzir efeitos sociais negativos em certas situações.

O poder judiciário dificilmente logrará êxito em produzir reformas sociais adequadas por meio de suas decisões. Consequências não previstas e indesejadas podem decorrer de uma decisão mais ampla e profunda. Uma atuação ambiciosa do poder judiciário pode ativar forças contrárias e desmobilizar os atores políticos que favorece. Mais do que isso, decisões maximalistas podem produzir um retrocesso social intenso e, neste processo, autodeslegitimarem-se, assim como deslegitimarem o ideal que procuram promover.

---

<sup>275</sup> "The case for minimalism is especially strong when the area involves a highly contentious question now receiving sustained democratic attention. In such areas, courts should be aware that even if they rely on their own deepest convictions, they may make mistakes. [...] A mistake of this kind is hardly innocuous; its consequences may be disastrous and hard to correct. Even if the question is not one of constitutional morality, it may involve informational deficits that should prompt the Court to proceed minimally and to leave many issues open".

Além de tudo, decisões maximalistas, com maior frequência, tendem a impedir a deliberação social, a troca, o aprendizado, o compromisso e a evolução moral que se processa ao longo do tempo em uma sociedade. Já um curso de ação mais cauteloso, com decisões mais estreitas, não irá obstruir os processos democráticos.

O aspecto mais fundamental a ser considerado, de acordo com a percepção de Sunstein (2001b), é que a maior parte das questões mais difíceis do direito constitucional não podem ser resolvidas, de forma razoável, por meio da determinação de uma regra peremptória, com a ambição de que resolverá, definitivamente, todas as disputas que possam vir a surgir. Esse é um ponto forte a favor da tese do minimalismo promotor de democracia e que remete diretamente para o papel do judiciário em casos envolvendo questões de gênero, ações afirmativas, homossexualismo, aborto, direito de morrer, liberdade de expressão, entre outras questões controvertidas.

Uma última palavra deve ser dita: juízes minimalistas favorecem as virtudes passivas, as decisões estreitas e os acordos parcialmente teorizados porque sabem que suas próprias convicções podem não estar corretas e, também, em razão de um esforço em acomodar o dissenso razoável. Isso faz ver que o “minimalismo judicial está fundado em uma concepção de liberdade em meio ao pluralismo, uma concepção central à ideia democrática”<sup>276</sup>. (SUNSTEIN, 2001b, p. 41).

---

<sup>276</sup> “[...] judicial minimalism is rooted in a conception of liberty amid pluralism, a conception that is central to the democratic idea.”

## 5 CONCLUSÃO

A teoria do minimalismo judicial de Sunstein (2001a; 2001b), escopo deste trabalho de pesquisa, foi aqui abordada, de forma descritiva, como uma alternativa democrática de atuação do poder judiciário em uma sociedade democrática e pluralista.

Considerando-se que um sistema democrático fundado na premissa da deliberação deve responder ao desacordo político, não somente com base na regra da maioria, mas, acima de tudo, para assegurar a criação de instituições que garantirão reflexão e discussão racional no debate público, é possível aceitar que uma das principais funções dos arranjos constitucionais seja proteger os processos de deliberação, assegurando a existência de uma república racional (*republic of reasons*).

Portanto, sendo certo que em uma democracia deliberativa os poderes do Estado e a distribuição dos ônus e dos benefícios decorrentes da organização social são justificados não pelo simples fato de que a maioria está de acordo, mas com base em argumentos que possam ser aceitos pela maior parte dos cidadãos como racionais e razoáveis em termos de atendimento do interesse público, então é necessário que se promova uma esfera pública ampla e participativa, o que, de forma alguma, é compatível com uma atuação excessivamente ativa do poder judiciário, que opera precipuamente de forma isolada e não democrática.

Em todas as democracias, entretanto, identifica-se uma fonte constante de problemas deliberativos. A própria deliberação pode ser causa de exacerbação do desacordo político, especialmente nos casos de deliberações fechadas, nas quais pessoas com os mesmos pontos de vista são submetidas a processos isolados de contínua afirmação e reafirmação das suas convicções, sem estarem expostas a pontos de vista contrários aos seus e a contra-argumentos que possam testar os seus próprios argumentos. Por outro lado, e paradoxalmente, a própria democracia acaba criando a tirania da maioria, por conta das pressões sociais que são impostas sobre aqueles que divergem da moralidade predominantemente aceita.

As pressões sociais, externadas sob a forma de conformismo, cascatas sociais e polarização de grupos podem produzir consequências muito negativas em termos de evolução e justiça social, comprometendo a própria moralidade interna da democracia. É assim porque não se pode conceber uma democracia deliberativa apartada da sua moralidade interna. Essa moralidade diz muito sobre a igualdade e impede a formação de uma sociedade de castas, em que se distinguem cidadãos de primeira e de segunda categorias.

Justamente por essa razão, e para evitar a ocorrência de fragmentação social, é que sociedades organizadas sob um sistema constitucional democrático eficiente delineiam instituições capazes de promover o dissenso. O sistema de liberdade de expressão é um exemplo. O dissenso é protegido, em parte para proteção dos direitos de expressão e participação dos dissidentes, mas, acima de tudo, para a proteção dos interesses da coletividade.

No mesmo sentido, uma compreensão dos efeitos produzidos pelas influências sociais demonstra a importância de se garantir um alto grau de diversidade também dentro do poder judiciário. Assim como qualquer outro, um grupo de julgadores que dividem as mesmas convicções e não são expostos a opiniões contrárias tende a assumir posições mais extremadas e radicais, com maiores riscos de cometer ou perpetuar injustiças. Demais, sob um desenho constitucional democrático, as questões políticas fundamentais de uma sociedade são mais bem identificadas e debatidas em fóruns democráticos.

De fato, os compromissos sociais mais importantes e as transformações de uma sociedade emergem das convicções populares e não dos tribunais, que possuem um limitado espaço de atuação em uma democracia deliberativa eficiente. Por essa ótica, a jurisdição deve ser exercida com vistas a energizar a democracia, promovendo e estimulando os processos democráticos de deliberação. Dessa forma, diante de casos concretos que envolvam questões profundas, cujo significado é controvertido e disputado e que estão sob o influxo de um contínuo debate na sociedade, não cabe a juízes e tribunais oferecer julgamentos profundamente teorizados que visem a resolver definitivamente problemas para os quais a própria sociedade ainda não encontrou respostas.

Na tarefa de decidir casos concretos que suscitam disputas intratáveis, não é papel do juiz transitar por reflexões filosóficas profundas que expressem um

entendimento categórico para as grandes questões do dia. Reconhecendo que decisões fundamentais são muito bem tomadas democraticamente, os juízes devem decidir as lides sem tomar partido nas disputas sociais e proferir decisões mais estreitas e superficiais, produzindo os acordos parcialmente teorizados.

Por definição, os acordos parcialmente teorizados permitem a convergência sobre decisões particulares por pessoas incapazes de atingir um acordo acerca de princípios abstratos. Por isso, consistem em um instrumento indispensável para a realização do Direito em meio a uma sociedade marcada por profundas divergências. Tanto é assim, que muito raramente se verá um indivíduo ou um grupo ser capaz de chegar a um acordo recorrendo a uma teorização profunda acerca de determinado assunto, no sentido de concordar com a teoria e, ao mesmo tempo, com uma série de outros julgamentos que vinculem a teoria à decisão que se toma no caso concreto.

Os acordos parcialmente teorizados se afiguram como resposta adequada a esse problema, uma vez que, por serem parcialmente teorizados, não exigem que as pessoas que concordam com um determinado princípio abstrato devam também concordar com o exato significado que assume esse princípio no confronto com um caso particular. Trata-se de fenômeno especialmente relevante para o direito constitucional e que permite a viabilidade das próprias constituições. É facilmente perceptível a presença dos acordos parcialmente teorizados na descrição genérica e aberta dos direitos fundamentais abrigados pelas normas constitucionais.

No âmbito das decisões judiciais, em que o ponto de convergência é, em regra, muito altamente particularizado, os acordos parcialmente teorizados se apresentam como centrais para a solução dos casos, mas sob uma feição distinta: acordos parcialmente teorizados sobre decisões particulares com a confluência sobre princípios mais estreitos e elementares que sirvam de fundamento para essas decisões. Um dos objetivos centrais dessa espécie de acordos parcialmente teorizados é obter a concordância de pessoas que não desejam decidir questões de filosofia política, sobre um determinado resultado particular. Por essa via, é possível que os juízes possam oferecer solução para as controvérsias concretas de forma modesta, sem fazer incursões por grandes teorias filosóficas e sem que, para isto, necessitem refutar as convicções mais profundas dos indivíduos envolvidos. Desse modo, quem perde o caso, perde somente o caso, mas não se vê privado de



acreditar que sua concepção teórica possa vir a servir de fundamento para alguma outra decisão que venha a ser proferida em outras circunstâncias.

O reflexo direto de teorias filosóficas abstratas e profundas na prática do Direito, principalmente quando se alude a decisões judiciais, é muito pouco intenso. De forma alguma, os tribunais podem ser considerados como espaços adequados para a discussão e o debate de teorias de tal envergadura, que se ajustam com muito mais naturalidade aos ramos políticos do governo. Isso não significa dizer que o Direito seja irredutivelmente avesso a teorizações. Em alguns contextos, e sob certas circunstâncias, o recurso a alguma teoria mais abstrata será necessário para revelar inconsistências, parcialidades ou mesmo preconceitos. Teorias profundas podem ser inclusive necessárias para revelar e afastar situações de injustiça e promover mudanças. Contudo, esse argumento não é suficiente para enfraquecer a tese de que os acordos parcialmente teorizados possuem incontáveis virtudes e se ajustam com perfeição ao contexto jurídico-legal.

Muitas das virtudes relacionadas aos acordos parcialmente teorizados se vinculam aos usos construtivos do silêncio, que auxiliam na minimização dos conflitos e podem reduzir os custos políticos das decisões.

Considerando o espaço restrito que possuem os tribunais nas democracias constitucionais, as limitações de tempo e de conhecimento dos juízes, a grande dificuldade que possuem para promover reformas sociais de larga escala e a sua reduzida capacidade em antever todos os efeitos colaterais que podem ser produzidos a partir das decisões que interferem nos complexos sistemas das relações humanas, não se mostra coerente negar a justa e a perfeita adequação dos acordos parcialmente teorizados para a solução das controvérsias inseridas no âmbito da atividade diária dos tribunais.

De fato, é possível a identificação de diversas razões que justificam o uso dos acordos parcialmente teorizados. Primeiramente, esses acordos se ajustam a um universo moralmente diverso e pluralístico porque reduzem os custos políticos do desacordo e permitem que pessoas com as mais distintas convicções convivam e demonstrem umas às outras a medida certa de reciprocidade e respeito mútuo. Por sua permeabilidade, eles concentram uma grande abertura para novos fatos e perspectivas, contribuindo para que a sociedade evolua ao longo do tempo.

Em uma perspectiva mais prática, os acordos parcialmente teorizados se afiguram como a melhor estratégia disponível para o julgamento de controvérsias por juízes que dispõem de conhecimentos reduzidos para o enfrentamento de amplas divergências morais e teóricas e que, além disso, devem trabalhar em um limitado espaço de tempo, o que dificultaria ainda mais qualquer tentativa de solução de tais divergências.

Todos esses fatores sugerem que a atuação do poder judiciário deve ser cautelosa e modesta, e demonstram que a abordagem minimalista do Direito, integrada pelos acordos parcialmente teorizados, revela-se como mais apropriada do que outras alternativas mais ambiciosas. O minimalismo judicial, tanto em sua feição procedimental quanto substancial, permite que os juízes decidam os casos concretos sem obstrução do processo político democrático.

Ao proferir decisões mais estreitas e superficiais e que, na medida do possível, deixam em aberto as grandes e polêmicas questões, os juízes estimulam o debate público e garantem que as escolhas políticas permaneçam em fórum político, contribuindo, assim, para o fortalecimento da própria democracia. Por outro lado, o minimalismo se assenta sobre uma noção nuclear de direitos, amplamente aceitos, partilhados e garantidos judicialmente. Portanto, a restrição do judiciário não significa a desproteção dos direitos. Ao contrário, a via minimalista, além de ampliar as possibilidades de um autogoverno democrático, garante que os direitos fundamentais dos cidadãos não serão violados, ou, ao menos, se o forem, serão restaurados.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **We the people:foundations**. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

\_\_\_\_\_. **We the people:transformations**. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

AGE-OF-THE-SAGE-ORG. **Social psychology experiments case study studies**. Solomon Asch experiment (1958). A study of conformity. Disponível em: <[http://www.age-of-the-sage.org/psychology/social/asch\\_conformity.html](http://www.age-of-the-sage.org/psychology/social/asch_conformity.html)>. Acesso em: 09 mar. 2009.

ANDERSEN, Hans Christian. **A roupa nova do rei**. Rio de Janeiro: Delta, 1974. v. 2. (O Mundo da Criança).

ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Edipro, 2009.

BARON, Robert. **Group process, group decision, group action**. 2. ed. Buckingham: Open University Press, 2003. Disponível em: <<http://robert.baron.socialpsychology.org>>. Acesso em: 12 abr. 2009.

BARON, Robert S. *et al.* Social Corroboration and Opinion Extremity. Academic Press Inc. **Journal of Experimental Social Psychology**, 1996. ISSN 0022-1031. Disponível em: <<http://www.faqs.org/abstracts/Sociology-and-social-work/Social-corroboration-and-opinion-extremity-How-do-logical-inference-rules-help-construct-social-ment.html>>. Acesso em: 01 abr. 2009.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**. The supreme court at the bar of politics. New Haven: Yale University Press, 1986.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

BOHMAN, James; REHG, William. **Deliberative democracy**. Essays on Reason and Politics. Cambridge: The MIT Press, 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 319/DF. Relator Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=319&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 07 jul. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.510/DF. Relator Ministro Carlos Brito. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=229963>>. Acesso em: 07 jul. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 161.243/DJ. Relator Min. Carlos Velloso. Disponível em: <  
[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(161243.NUM E.%20OU%20161243.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(161243.NUM E.%20OU%20161243.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 08 jul. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 71.373. Disponível em: <  
[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(71373.NUME.%20OU%2071373.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(71373.NUME.%20OU%2071373.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 08 jul. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 73.662-9. Disponível em:  
 <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 21 abr. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. RE 197.917. Disponível em:<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(197917.NUME.%20OU%20197917.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(197917.NUME.%20OU%20197917.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 08 jul. 2008.

CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino. **Metodologia científica**. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

CHRISTIANO, Thomas. The Significance of Public Deliberation. In: BOHMAN, James; REGH, William (Edits.). **Deliberative Democracy**. Essays on Reason and Politics. Cambridge: The MIT Press, 1997.

COHEN, Joshua. Deliberation and Democratic Legitimacy. In: BOHMAN, James; REGH, William (Edits.). **Deliberative Democracy**. Essays on Reason and Politics. Cambridge: The MIT Press, 1997.

CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL. **United States v. Virginia et al.** decided June 26, 1996. Disponível em: < <http://www4.law.cornell.edu/supct/html/94-1941.ZS.html>>. Acesso em 28 maio 2008.

CUNNINGHAM, Frank. **Teorias da democracia**: uma introdução crítica. Trad. de Delamar José Volpato Dutra. Porto Alegre: Artmed, 2009.

12 HOMENS E UMA SENTENÇA. (12 Angry Men). Direção: Sidney Lumet. Roteiro: Reginald Rose. Intérpretes: Martin Balsam, Joseph Sweeney, Henry Fonda, Jack Warden, Ed Binns, Jack Klugman, E.G. Marshall, Lee J. Cobb, John Fiedler, Ed Begley, George Voskovec, Robert Webber. Gênero: drama/policial. EUA: Fox Home Entertainment, 1957. 1 DVD (96 min).

DONER, Dietrich. **The logic of failure**. New York: Free Press, 1996

DWORKIN, Ronald. \_\_\_\_\_. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. **Justice in robes.** Cambridge: Harvard University Press, 2006.

\_\_\_\_\_. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ELSTER, Jon. **The market and the forum:** three varieties of political theory. In: BOHMAN, James; REGH, William (Edits.). **Deliberative Democracy.** Essays on Reason and Politics. Cambridge: The MIT Press, 1997.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust.** Cambridge: Harvard University Press, 2002.

FALLON, Jr. Richard H. **The Dynamic Constitution:** an introduction to American constitutional law. New York: Cambridge University Press, 2006.

FREY, Bruno S; FELD, Lars P. P. Deterrence and morale in taxation: an empirical analysis (august 2002). **CESifo Working Paper Series.** n. 760. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=341380>>. Acesso em: 10 mar. 2009.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** São Paulo, Atlas, 1996.

GOODIN, Robert E. Laundering Preferences. In: ELSTER, Jon; Hylland, Aanund (Edits.). **The foundations of social choice theory.** Cambridge: Cambridge University Press, 1986.

HABERMAS, Junger. What is Universal Pragmatics? In: COOKE, Maeve (Edit.). **On the pragmatics of communication.** Cambridge: MIT Press, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre faticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

HARDIN, Russell. The crippled epistemology of extremism. In: BRENTON, Albert *et al.* (Edits.). **Political extremism and rationality.** New York: Cambridge University Press, 2002.

HARTNETT, Edward A., Questioning certiorari: some reflections seventy-five years after the judges' bill. **Columbia Law Review**, November 2000. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=250925>>. Acesso em: 05 jan. 2009.

HIRSHLEIFER, David. **The blind leading the blind:** social influences, fads and informational cascades. Disponível em: <<http://repositories.cdlib.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1156&context=anderson/fin>> Acesso em: 25 abr. 2009.

HUMBOLDT, Wilhelm Von. **Los limites de la acción del Estado**. Madrid: Tecnos, 2002.

ISENBERG, David. Group polarization: a critical review and meta-analysis. **Journal of Personality and Social Psychology**. 1996. v. 50, n. 6, p. 1.141-1.151. Disponível em:

<<http://www.soc.ucsb.edu/faculty/friedkin/Syllabi/Soc147/Group%20Polarization%20isenberg.pdf>> . Acesso em: 10 jan. 2009.

JEFFERSON, Thomas. **Letter to James Madison**. Jan. 30, 1787. Disponível em:

<<http://etext.virginia.edu/etcbin/toccer-new2?id=JefLett.sgm&images=images/modeng&data=/texts/english/modeng/parsed&tag=public&part=53&division=div1>>. Acesso em: 12 abr. 2008.

KURAN, Timur. **Private truths, public lies: the social consequences of preference falsification**. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

\_\_\_\_\_. Ethnic norms and their transformation through reputational cascades.

**Chicago Journals The Journal of Legal Studies**, june 1998, v. 27, n. S2: p. 623-659. Chicago Law School. Disponível em:

<<http://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/468038>>. Acesso em: 08 mar. 2009.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 2001.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. **Rational judicial behavior: A statistical study**. Chicago Law School, abril 2008. Disponível em:

<<http://papers.ssrn.com/sol3papers.cfm?abstract id=1126403>>. Acesso em: 12 jan. 2009.

LORD, Charles G.; ROSS, Lee; LEPPER, Mark R. Biased assimilation and attitude polarization: the effects of prior theory on subsequently considered evidence.

**Journal of Personality and Social Psychology**, 1979, v. 37, n. 11, p. 2.098-2.109. Disponível em:

<[http://www.psych.umn.edu/courses/spring07/borgida/psy5202/readings/lord,%20ross%20&%20lepper%20\(1979\).pdf](http://www.psych.umn.edu/courses/spring07/borgida/psy5202/readings/lord,%20ross%20&%20lepper%20(1979).pdf)>. Acesso em: 08 mar. 2009.

MADISON, James. **Federalist Papers: federalist n. 49**. Disponível em:

<<http://www.foundingfathers.info/federalistpapers/fed49.htm>>. Acesso em: 12 mar. 2009.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. [s.l.]:[s.n.], p. 183-202, novembro 2000.

MILL, John Stuart. **On liberty**. New York: Dover Thrift, 2002.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito. 5. ed. rev. e atual. Florianópolis: OAB/SC, 2001.

PETERS, Christopher J. *Assessing the new judicial minimalism*. Columbia Law Review, v. 100, p. 1.454-2.000. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=902043>>. Acesso em: 08 mar. 2009.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. **Political liberalism**. New York: Columbia University Press, 2005.

RAZ, Joseph. **Ethics in the public domain**: essays in the morality of law and politics. Oxford: Claredon Press, 2001.

RICHARD, H. McAdams. An attitudinal theory of expressive law. **Oregon Law Review**. Oregon, v. 79, p. 339-390, Summer 2000. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/pape.tar?abstract\\_id=253331](http://papers.ssrn.com/pape.tar?abstract_id=253331)>. Acesso em: 05 mar. 2009.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. **The Supreme Court and the attitudinal model revisited**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Trad. de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Trad. de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

SCOTT, James. **Seeing like a State**: how certain schemes to improve human condition have failed. New Haven: Yale University Press, 1998.

SHERIF, Muzafer. **An experimental approach to the study of attitudes**. 1937. Disponível em: <[http://www.brocku.ca/MeadProject/Sherif/Sherif\\_1937a.html](http://www.brocku.ca/MeadProject/Sherif/Sherif_1937a.html)>. Acesso em: 02 mar. 2009.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. Trad. Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SIMON, William H. Three limitations of deliberative democracy: identity politics, bad faith, and indeterminacy. In: MACEDO, Stephen (Edit.). **Deliberative politics**. Essays on democracy and disagreement. New York: Oxford University Press, 1999.

SUNSTEIN, Cass R. **The partial constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1994.

\_\_\_\_\_. **On the expressive function of law**. [Symposium: Law, Economics and Norms]. University of Pennsylvania Law Review. Pennsylvania, may 1996. Disponível em: <[http://findarticles.com/p/articles/mi\\_hb3573/is\\_199605/ai\\_n8414054](http://findarticles.com/p/articles/mi_hb3573/is_199605/ai_n8414054)>. Acesso em: 10 mar. 2009.

\_\_\_\_\_. **Legal reasoning and political conflict**. New York: Oxford University Press, 1998.

\_\_\_\_\_. **Designing democracy**: what constitutions do. New York: Oxford University Press, 2001a.

\_\_\_\_\_. **One case at a time**: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 2001b.

\_\_\_\_\_. **Conformity and dissent**. 2002. Disponível em: <[http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/WkngPprs\\_151-175/164.crs.conform.pdf](http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/WkngPprs_151-175/164.crs.conform.pdf)>. Acesso em: 12 abr. 2009.

\_\_\_\_\_. **Why societies need dissent**. Cambridge: Harvard University Press, 2005.

\_\_\_\_\_. **Republic.com.2.0**. Princeton: Princeton University Press, 2007a.

\_\_\_\_\_. **If people should be outraged by their rulings, should judges care?** 2007c. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>>. Acesso em: 30 jul. 2009.

\_\_\_\_\_. **Infotopia**: how many minds produce knowledge. New York: Oxford University Press, 2008.

\_\_\_\_\_. **Going to extremes**: how like minds unite and divide. New York: Oxford University Press, 2009.

\_\_\_\_\_. ; KURAN, Timur. **Availability Cascades**. 2007b. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.htm>>. Acesso em: 28 maio 2008.

\_\_\_\_\_. *et al.* **Punitive damages**: how juries decide. Chicago: The University of Chicago Press, 2003.

\_\_\_\_\_. *et al.* **Are judges political?** An empirical analysis of the Federal Judiciary. Washington, DC: Brookings Institution Press, 2006.



SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Rules of the Supreme Court of the United States, adopted July 17, 2007 – Effective October 1, 2007. Disponível em: <<http://www.supremecourtus.gov/ctrules/2007rulesofthecourt.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2009.

TALLEY, Eric. Precedential cascades: an appraisal. **Southern. California Law Review**, 73. 1999. Disponível em: <<http://www-rcf.usc.edu/~usclrev/pdf/073102.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2009.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **De la démocratie en Amérique I**. France: Éditions Gallimard, 1961.

TOURO LAW. **Brown et al. v. Board of Education of Topeka et al.** May 17, 1954. Disponível em: <<http://www.tourolaw.edu/patch/Brown/>>. Acesso em: 28 maio 2008.

TOURO LAW. **Dredd Scott, plaintiff in error, v. John F. A. Sandford**. December Term, 1856. Disponível em: <<http://www.tourolaw.edu/patch/scott/>>. Acesso em: 28 maio 2008.

TOURO LAW. **Roe v. Wade**, decided January 22, 1973. Disponível em: <<http://www.tourolaw.edu/Patch/Roe/>>. Acesso em: 28 maio 2008.

TYRAN, Jean-Robert *et al.* Why people obey the law: experimental evidence from the provision of public good. **Discussion Paper**. University of St. Gallen. 2001-14, nov. 2001. Disponível em: <[www.vwa.unisg.ch/org/vwa/web.nsf/syswebresources/VWA\\_2001\\_14/\\$FILE/0114.pdf](http://www.vwa.unisg.ch/org/vwa/web.nsf/syswebresources/VWA_2001_14/$FILE/0114.pdf)>. Acesso em: 05 mar. 2009.

WOOD, Wendy *et al.* **Minority influence**: a meta-analytical review of social influence processes. 1994. Disponível em: <<http://www.duke.edu/~wwood/Wood.Lundgren.Ouellette.Busceme.Blackstone.1994.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2009.